مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

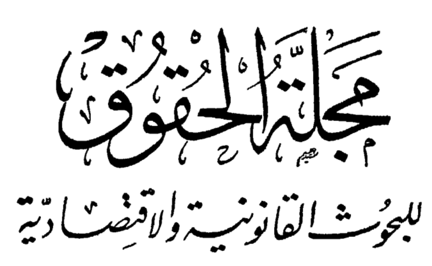
السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الأسكندرية

١٩٦٠

لجنة التحرير



مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة التاسعة (١٩٥٩ – ١٩٦٠)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٦٠

الفهرس

الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية

للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى

أستاذ مساعد بقسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

فكرة تطوف فى رؤوس رجال القانون من زمن بعيد ، ظلت مجرد فكرة وأمنية تجول فى النفس فترة من الزمن حتى خرجت بعدها على هيئة مطلب ورجاء فى المحاضرات حيناً ، وفى المقالات حيناً آخر ، ثم فى كتب القانون أخيرا. هى فكرة توحيد القوانين ،أو بتعبير أدق . فكرة تكميل القانون المدنى بادماج الأحوال الشخصية بعد تقنينها فيه ، ليصبح شاملا للأحوال العينية والشخصية على السواء .

بدأ هذا الطلب مع المطالبة بتنقيح القانون المدنى — تقريباً — حيث نادى الدكتور السنهورى بذلك فى مقالاته بمجلة القانون والاقتصاد ، وفى محاضراته مع اشارات فى كتبه .

ولقد كان واضحاً فى مطلبه عندما دل على مصدر ذلك التقنين فقال :

"ولا نقصد بهذا أن ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الغربية ، بل يجب أن يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الاسلامية مع جعله ملائماً لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، فيكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية يخضع له جميع المصريين مع احترام العقائد الدينية ، وعدم المساس بها ، فنحن اذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى أن ننتقص من سلطان الشريعة الاسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان الى دائرة المعاملات نفسها ".

ثم أبان أن تقنين الشريعة أمر ممكن ، بل وجد فعلا فى تركيا ، وفى مصر فى المجلة العدلية ، وفى كتب قدرى باشا ، وما صدر من قوانين لبعض أحكام الأحوال الشخصية مدرجاً فى لائحة المحاكم الشرعية أو منفصلا عنها .

وتبعه فى ذلك كثير ممن كتب فى القانون بحثاً وشرحاً. نذكر منهم الدكتور حسن بغدادى [1] الذى طالب بتقنين الأحوال الشخصية مقترحاً أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً لهذا التقنين ، ولكن من غير أن يتحمس لهذا الاقتراح كما فعل الدكتور السنهورى صاحب الفكرة .

ويقينى أن الدكتور السنهورى قال ذلك عن اقتناع — بعد دراسة طويلة — بدليل أنه يشيد بالشريعة وما فيها من كنوز فى كل مناسبة ، ويطالب فى احدى محاضراته [2] بوجوب الرجوع اليها وعدم اغفالها كمصدر خصب للتقنين العصرى فيقول :

" وانى زعيم لكم بأن تجدوا فى ذخائر الشريعة الاسلامية من المبادىء والنظريات ما لا يقل فى رقى الصياغة، وفى احكام الصنعة عن أحدث المبادىء والنظريات وأكثرها تقدماً فى الفقه الغربى " .

ثم ختمها بقوله :

" فالشريعة الاسلامية كما رأيتم مصدر خصب لتشريع يوضع لبلاد شرقية عربية " .

والدكتور محمد عرفه يقول [3] — بعد أن تكلم على الغاء المحاكم الشرعية — : وعندنا أن الاصلاح لا يكون تاماً الا باصدار قانون موحد يحكم المنازعات بالأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين ، ولا بأس

(١) مجلة الحقوق . السنة السابعة . العددان الأول والثانى ص ٩٩ وما بعدها .
(٢) ألقيت فى قاعة يورت التذكارية ، ونشرتها الاهرام فى أول يناير سنة ١٩٣٧
(٣) مبادىء العلوم القانونية ص ١١٤

عندنا من أن تستقى أحكام هذا القانون من مبادىء الشريعة الاسلامية وغيرها من الشرائع الطائفية فى نطاق النظام العام ، وبذلك وحده يقضى على عيب تعدد القوانين بعد القضاء على عيب تعدد جهات القضاء .

وزميلنا الدكتور حسن كيره يطالب – فى حماس – بتحقيق هذه الفكرة[1] فيقول فى مقدمة كتابه الحقوق العينية الأصلية [2] :

" الأصل أن القانون المدنى يعرض لأنواع الحقوق المختلفة ، غير أن المشرع المصرى قد اضطر منذ أول تقنين مدنى أصدره فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى الى الخروج على هذا النهج السوى نظراً الى ظروف خاصة ، وعادات وتقاليد موروثة قضت بربط مسائل الأحوال الشخصية بالدين والملّة مما استتبع استبعادها من نطاق هذا التقنين أمام تعدد القواعد القانونية التى تحكمها بتعدد الأديان والملل السائدة فى مصر ، واقتصار هذا التقنين كقاعدة عامة على الحقوق التى تتعلق بروابط الأحوال العينية أى بالمعاملات المالية وحدها ، ولم يتغير الحال فى التقنين المدنى المصرى الجديد رغم طول الفترة التى مضت بين التقنينين ، وما شهدته من تطور كبير متواصل فى المجتمع المصرى ، اذ ما يزال للتقاليد سلطان قوى غير منكور ".

---

(١) ونحن نؤيد فكرة التقنين ونضم صوتنا إلى صوتهم فى المطالبة بذلك ، ونقول : إن التفرقة لا مبرر لها ، فتقنين الأحوال العينية دون الشخصية عمل ناقص ، ولكن على وجه آخر ، على أن ترد الأمور إلى نصابها ، على أن نعود بتشريعنا الجديد الكامل إلى الشريعة التى سادت الشرق كله قرونا طويلة ، وأثبتت صلاحيتها فى كل حين ، ونرد قوانين الغرب إلى أصحابها فى بلادها لنتخلص من أثر بغيض من آثار الاحتلال ، وحينذاك تتجرد شخصيتنا من ذلك الطلاء الأجنبى الذى شوه جمالها قرابة الثمانين عاما ، فيكمل استقلالنا ، ويتحقق لنا سبب عظيم من أسباب الوحدة التى ننشدها .

(٢) جـ ١ ص ٥ وهامشها .

ثم يعلق على ذلك بقوله :

"لعل فى اقدام المشرع المصرى أخيراً على توحيد الاختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية ما يبشر بقرب استكماله للاصلاح المنشود من توحيد القانون فى هذه المسائل دون نظر الى اختلاف العقائد الدينية ، بحيث يصبح التقنين المدنى المصرى – كسائر مثيلاته من التقنينات – شاملا لمسائل الأحوال الشخصية والعينية على السواء" .

ويقرر مثل ذلك شارحاً له فى كتابه أصول القانون (١) .

بهذه الصراحة التامة يطلب تقنين الأحوال الشخصية ليكمل القانون غير أنه لم يعرض لبيان مصدر ذلك التقنين الجديد كما عرض سابقوه ، ولعله تركه لاختيار المشرع حينما يعزم على التنفيذ بعد أن كشف عن رأيه فى الشريعة الاسلامية فى مواضع مختلفة من كتابيه «المدخل» و «أصول القانون» كشف عنه بطريق التصريح مرة ، وبطريق الايماء مرة أخرى (٢) مما سيأتى توضيحه فى موضعه من هذا البحث .

فأنت ترى أن هذه الفكرة قامت فى أصلها على أمرين : أولهما – المطالبة بتقنين الأحوال الشخصية تقنيناً عاماً تخضع له جميع المصريين على السواء لا فرق بين مسلم وغيره . وثانيهما – الارشاد الى المصدر الذى يرجع اليه . وأن الاتفاق قائم على الأمر الأول ، وأن ثمة اختلافاً بينهم فى الثانى ، فقد بدأ بالمطالبة بجعل الشريعة مصدره الوحيد مطالبة صريحة مع الاعتراف بكفايتها لذلك ، ثم فتر الطلب عند البعض ، فاقتصر على رفع المانع من طريقه أو رفع البأس ، ثم آل الأمر الى اغفاله مع التعريض بعدم صلاحية الشريعة لذلك بوضعها الحالى .

---

(١) ص ٢٩٣ وما بعدها .

(٢) وفيما أعتقد أن الزميل الفاضل لو درس الشريعة بهذه العقلية المنظمة وأخلص لها – كما أخلص لدراسته القوانين الأخرى – لرجع عن رأيه ، ولأشرع قلمه للاشادة بتلك الشريعة ، بل ولتزعم المناداة بالرجوع إليها فى وسط شباب رجال القانون .

ومن يدرى لعل الأيام تأتينا باقتراح أكثر صراحة يطلب صاحبه جعل مصدر التقنين التشريعات الأجنبية ، حتى يلتئم التقنين كله برجوعه الى أصل واحد .

لهذا ولما وجدته عند قراءتى فى كتب أصول القانون من تعابير عديدة تصف أحكام الشريعة الاسلامية بأنها أحكام خلقية (١) دينية جاءت – فيما أظن – تقليداً لما شاع عند رجال القانون الغربيين . الأمر الذى يجعلها فى نظر الناس ، – وبخاصة طلاب الحقوق – غير صالحة للتقنين ، لأنها لا تتلاءم مع واقعهم الذى يعيشون فيه .

لهذا وذاك اتجه تفكيرى الى معاودة البحث فى واقعية فقه هذه الشريعة وقانونها ، لأثبت للناس من جديد أنه فقه واقعى يلائم الحياة ويسير معها . مهما تقلب الزمن وتجددت الأحداث لا يعادى مدنية ، ولاينفر من الجديد لأنه جديد ، فيه من المرونة واليسر ما لا يقل عن أحدث القوانين وأرقاها ان لم يفقها كلها فى ذلك .

اتجه تفكيرى الى هذا البحث بعد أن كنت شرعت فى بحث آخر فعدلت عنه الى حين أنتهى من هذا البحث الجديد ، ثم أعود اليه بمشيئة الله الذى وضع القلوب بين أصبعين من أصابعه يقلبها سبحانه كيف شاء .

عدلت عنه لما لموضوعنا الجديد من أهمية بالغة فى ظروفنا الحاضرة ، ولأنه يعتبر كالأساس لغيره من موضوعات المقارنة بين الشريعة والقانون

---

(١) جاء فى المدخل للدكتور كيرة ص ١٩ ، وأصول القانون ص ٣٨ . إن القانون ينزل عن بعض المثل الأخلاقية كما يفعل حين يحمى الحيازة حتى فى مواجهة المالك الفعلى ، وحين يرخص للمدين فى الامتناع عن الوفاء اذا انقضى الدين بالتقادم ، وحين يبيح الاقراض بفائدة أى التعامل بالربا . فالقانون إذن يظل قاصراً عن الاخلاق فى تحقيق العدل وان كان يفوقها فى تحقيق النفع .

وفى ص ٢١ يقول : فيحلل القانون بعض ما يحرمه الأخلاق كالربا .

ومن الصواب أن يبدأ المرء سيره من أول الطريق حتى لا تلتوى به السبل ، ولا تضطرب خطواته أثناء مسيره .

وجعلت عنوان البحث « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » .

معنى الواقعية :

واذا كانت الواقعية مأخوذة من الواقع ، وهو فى عرف الناس يراد به « سلوك الأفراد والجماعات » فهل معنى واقعية القانون أنه يخضع لهذا الواقع فى كل شيء ، ويسايره فى جميع اتجاهاته ويحقق رغباته .

أم أن القانون هو الذى يخضع الواقع ويتحكم فيه ، فيبيح منه أشياء ، ويحرم أخرى ، ولكنه لا يقف جامداً على ما جاءت به نصوصه ، بل يسير فى ركب الحياة ويتطور معها ؟

معنيان [1] للواقعية يهوى بعض الناس أولها ، ويشتهى أن لو خضعت كل القوانين — سماوية كانت أم وضعية — لواقعهم ولو كان فاسداً ، وهم قوم اباحيون ، يريدون التحلل من كل قيد ، فيسيرون وراء أهوائهم لاشباع رغباتهم .

ويتجه آخرون اليها بالمعنى الثانى ، ويثبتونها لقوانينهم الوضعية ، ويسلبون الفقه الاسلامى حظه منها قائلين : انه فقه مثالى متأثر بعنصرى الخلق والدين ، ومن ثم وصفوه تارة بأنه أحكام خلقية ، وأخرى بأنه أحكام دينية ، حتى صوروه للناس بأنه فقه جامد لا يتحرك ، وان تحرك ففى دائرة

---

(١) تطلق الواقعية بمعنى آخر فى مقابلة الفرضية والتقديرية ، فيقال : فقه واقعى ، أى أنه يقتصر على بيان أحكام مايقع من الحوادث . وفقه فرضى تقديرى ، أى أن الفقهاء يفرضون حوادث ويقدرون وقوعها ، ثم يستنبطون لها أحكاما على ضوء قواعد الفقه وأصوله ، وكلا النوعين موجود فى الفقه الاسلامى ، فقد كان فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وزمن الصحابة والتابعين وتابعيهم فقها واقعيا فقط ، ثم صار بعد ذلك فقها واقعيا وتقديريا معا لما فتح أبو حنيفة باب الفرض والتقدير .

ضيقة ، ويخلصون من ذلك الى أنه لا يساير الزمن ، ولا يلائم المدنيات ، فلا يصلح للتطبيق الآن .

ومن هنا قيل [1] ان دخول القوانين الغربية فى معظم البلاد الشرقية التى تدين بالاسلام يرجع الى جمود الشريعة الاسلامية بعد اقفال باب الاجتهاد فيها مع تيقظ الوعى فى أواخر القرن الماضى فى تلك البلاد ، وأن تمسك بعض الدول الاسلامية «كالحجاز واليمن» بشريعتهم دون اللجوء الى القوانين الحديثة راجع الى ظروف هذه البلاد الخاصة ، وهى أنها تعيش فى حالة بدائية لا تحتاج معها الى تجديد .

خطة البحث

ونحن نقف مع الفريق الأول وقفة قصيرة نبطل فيها دعواه ، ونبين لهم أن الفقه الاسلامى بعيد عن الواقعية بهذا المعنى ، بل ان القوانين الوضعية فيما استقرت عليه تنكر هذه الواقعية ، لأنها لا تتفق وطبيعة القانون .

ولنا مع الفريق الثانى وقفة طويلة نناقش فيها دعواهم ، ونكشف عما فى شبههم من زيف وبعد عن الحقيقة ، ثم نثبت تلك الواقعية لهذا الفقه من واقع مصادره ومبادئه وأحكامه ، شارحين ما فى تلك المصادر من مرونة تكفل لهذا الفقه واقعية دائمة ، ثم نعقب على ذلك ببيان الطريقة التى ينبغى سلوكها لكى ننتفع به فى تشريعنا الحاضر ، وبعد هذا كله نتصدى لدفع ما أثير من شبه حول امكان تطبيقه والعمل به الآن ، حتى يتبين لهؤلاء المنكرين

---

(١) الدكتور كيره فى المدخل ص ١٥٤ ، وأصول القانون ص ٢٦١ ، فهو يرجع العدول عن الشريعة واقتباس القوانين الغربية فى بعض البلاد الأسلامية ، وعدم العدول عنها والتمسك بها فى البعض الآخر إلى تقدم الحضارة فى الأولى وعدم مسايرة الشريعة لهذا التقدم ، وإلى بدائية الحياة فى بعض الدول الأخرى . وهذا فى نظرى سبب ظاهرى يخفى وراءه السبب الحقيقى وهو دخول المستعمرين الغربيين فى بعض الدول الاسلامية واحتلالها ، أو اعلان الوصاية عليها دون البعض الآخر . فالمستعمرون لم ينسوا فى يوم من الأيام أن الأسلام يحارب الاستغلال ، ويسوى بين الناس جميعا ، ويدعو أبناءه إلى الوحدة . وهذه أمور تقف فى طريقهم ، وتحول بينهم وبين تحقيق أطماعهم ، فعملوا جاهدين على تنحية الشريعة واحلال قوانينهم محلها .

أن فكرة عدم واقعيته جاءت وليدة عدم العلم بما فيه من أسس سليمة ، ومبادىء قويمة ، تهدف فى مجموعها الى خير الانسانية ، وإرساء قواعد المجتمع على أرض صلبة لا تميد، وبالتالى يظهر لنا فى وضوح أن مبدأ الواقعية والملاءمة فى هذا الفقه الخالد تستعصى على الرد والانكار ، وأن انكار المنكرين على اختلاف ألوانهم ، وتعدد صورهم وأشكالهم لم يفلح فى هدم ذلك البناء الشامخ أو زعزعة اعتقاد أصحاب العقول السليمة فى صلاحيته ، وأن هذا الفقه يتمكن من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة الصحيحة والتوفيق بين حاجاتها .

المثالية والواقعية فى القوانين الوضعية

وقبل أن نبين ما فى الفقه الاسلامى من واقعية ، ومع أى الطريقتين يسير نعرض لموقف القوانين الوضعية منها ، لتتم المقارنة بينهما فى يسر وسهولة ، وهذا يضطرنا الى عرض تاريخى موجز لمسلك رجال القانون فى تكوين قواعدهم القانونية فنقول :

لرجال القانون الوضعى فى طريقة تكوين قواعدهم ثلاث مدارس ، وبعبارة أدق مدرستان . كانتا على طرفى نقيض هما المدرسة المثالية ، والمدرسة الواقعية . سلكت كل واحدة منهما مسلكاً يضاد مسلك الأخرى ويناقضه ولما لم تسلم واحدة منهما من النقد والتجريح جاءت فئة أخرى وكونت مدرسة ثالثة تجمع بين المثالية والواقعية ، وعلى طريقتها استقر الوضع الأخير لتلك القوانين [1] .

فالمدرسة المثالية ترجع القاعدة القانونية الى ما يختاره العقل من المثل العليا دون نظر لواقع المجتمع ، وعبرت عن هذا القانون فى مبدأ الأمر بالقانون الطبيعى ، وزعمت أنه قانون أبدى ثابت صالح لكل زمان ومكان ، ومع ذلك فقد دخله التعديل والتغيير ، وتشكل بأشكال عديدة .

---

(١) اعتمدنا فى تلخيص هذا الموضوع على كتابى المدخل وأصول القانون للدكتور كيره ص ١١٧ وما بعدها ، وكتاب مبادىء العلوم القانونية للدكتور محمد عرفه .

وفى أثناء موجات التغيير التى لحقته اصطبغ بصبغة دينية فى العصور الوسطى فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون آنئذ هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعى ، وحينذاك فصلت السلطة الدينية عن السلطة المدنية ، وراجت القولة المشهورة « اعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » فبعد أن كان القانون الطبيعى فكرة فلسفية فى العصور الأولى صار فكرة دينية فى العصور الوسطى ، ولما ضعف سلطان الكنيسة وقوى سلطان الدولة أصبح القانون الطبيعى فكرة قانونية تشريعية ، وأتيح لها حظ كبير من الذيوع والانتشار فى القرنين التابع عشر والثامن عشر .

وفى القرن التاسع عشر هوجم القانون الطبيعى كما هوجمت مدرسته المثالية ، وتركز الهجوم على صفة الخلود فى هذا القانون ، وفيما يلازمه من نزعة فردية مما أدى الى هجره فترة من الزمان ، ثم عادت فكرة احيائه فى أواخر القرن التاسع عشر ، فأعيد مجرداً من صفة الخلود ، وقصر على صفة القيادة الموجهة الملهمة بقليل من مبادىء العدل المثالية دون أن ينزل الى التطبيق العملى ، وهو ما عبروا عنه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير ، ومع ذلك لم يسلم من النقد والتجريح ، فطعنوه بالتناقض ، لأن المثل الأعلى الذى يقوم عليه القانون الطبيعى ثابت خالد ، فاعترافهم بتغيره يعد تناقضا منهم .

وأخيراً انتهت فكرة القانون الطبيعى الى أنه موجه مثالى للعدل لكل القوانين الوضعية ، فتلتزم الدولة عند وضع قانونها احترام هذا الموجه لا تحيد عنه ، وكما جعل موجهاً للمشرع عند تشريعه جعل موجهاً للقاضى عند تطبيقه اذا لم يجد حلا للنزاع المعروض عليه فى قواعد القانون .

أما المدرسة الواقعية فقد جاءت فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل التاسع عشر ، وكانت على النقيض من المدرسة المثالية ، لأنها لا تؤمن بما يستنبطه العقل بعيداً عن الواقع حيث انها تراه ضرباً من الحدس والتخمين ومن ثم اتجهت الى اخضاع القانون للواقع المحسوس ، فجعلت القاعدة القانونية تقوم على الواقع ، وهو وجود تضامن بين الأفراد فى المجتمع .

وقد خرج من هذه المدرسة مذهبان : (أولهما) المذهب التاريخى الذى يجعل القانون من صنع الزمن وتطور التاريخ ، فكل أمة من الأمم تخلق قانونها كما تخلق لغتها وتقاليدها .

فالقانون عنده ، تعبير جماعى صامت يتكون على مر الزمن ، فهو من الأعراف يولد ، وعمل المشرع فيه ليس الا تسجيلا لهذا التعبير الصامت وتغييراته المستمرة على مر الزمن .

ولقد نقد هذا المذهب نقداً مراً غدا معه قليل الأنصار رغم ما أدخل عليه من تعديلات .

(وثانيهما) مذهب التضامن الاجتماعى . ويقوم هذا المذهب على أن القاعدة القانونية هى التى يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورة ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، ولا يرضى أن تكون القاعدة القانونية تطبيقاً لأصل أو مثل أعلى كما يدعى أنصار القانون الطبيعى .

ولقد نقد هذا المذهب بأنه يجعل القانون خاضعاً للواقع التجريبى ، فالقاعدة القانونية عنده لا تقول : افعل هذا لأنه خير أو نافع ، بل تقول له : افعل هذا لأنه كائن ، وهو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته لأن القانون فى حقيقته لا يقر ما هو كائن ، وانما يقوم ما هو كائن تقويماً يقرر به ما ينبغى أن يكون . أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

ومع ما أدخل على هذا المذهب من تعديل بادخال العدل مؤثراً فى القاعدة القانونية لم يسلم من النقد ، لأنه لم يرد بالعدل ، العدل فى ذاته كمبدأ أو كمثل أعلى ، بل باعتباره شعوراً للجماعة . الأمر الذى يجعل العدل خاضعاً للأفراد فيتأثر بالأهواء .

هاتان المدرستان المتنازعتان قصرت كل واحدة منهما فى نظرتها ، فصرفت وجهتها الى ناحية واحدة ، فالمدرسة المثالية لا تهتم الا بالناحية الروحية فى الانسان ، فأسرفت حين جعلت القانون مجرد عمل عقلى محض بعيداً عن الحقائق الواقعية فى حياة المجتمع .

والمدرسة الواقعية كانت على العكس من ذلك ، فقصرت نظرتها على الناحية المادية فى الانسان ووجوده المحسوس فى المجتمع ، فأسرفت بدورها لما جعلت القانون مجرد عمل علمى تجريبى فقط يتبع واقع الحياة بعيداً عن التفكير والعقل .

من أجل هذا الغلو عند كل من المدرستين نادى جماعة من الفقهاء بفكرة تعتبر وسطاً بين الفكرتين . بنى هؤلاء فكرتهم على أن الانسان — الذى يراد القانون له — مكون من عنصرى المادة والروح ، فاعتبار أحدهما دون الآخر يجعل القانون غير ملائم لذلك الانسان ، فينبغى ، بل يجب أن يكون مزيجاً من حقائق الحياة الاجتماعية التى تسجلها المشاهدة والتجربة ومن المثل العليا التى يستخلصها العقل مما وراء المحسوس .

على أن القاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع هى قبل كل شىء قاعدة تقويمية لا يكفى فيها تقرير الواقع من الحياة عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل يجب أن تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل عليا ، فالواقع وحده قاصر عن تكوينها .

هذا الاتجاه المزدوج ، والجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية سار عليه أغلبية فقهاء القانون الوضعى ، فالقانون عند هؤلاء ليس عملا علمياً بحتاً كما تذهب المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلى تفكيرى خالص كما تذهب المدرسة المثالية ، ولكنه عمل مزدوج من عمل علمى وعمل عقلى ، لأن الواقع وحده لا يكفى ، لتسرب الأهواء اليه ، فلا بد من تقويم هذا الواقع تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى . هو العدل الذى يفرضه العقل بعيداً عن الأهواء والشهوات .

وعلى هذا استقر الوضع الآن بين رجال القانون ، فهم لا يقبلون الواقع بين الناس الا بعد تقويمه . لذلك نراهم يقسمون العرف الى صحيح وفاسد ، فيقبلون صحيحه ويردون فاسده .

هذا هو موقف القانون الوضعي وفقهائه من الواقعية بمعنيها ، فقد نقدوا تسلط الواقع على القانون تسلطاً مطلقاً . نقدوه وجرحوه حتى أغلقوا مدرسته ، وتفرق طلابها عنها ، ولكنهم لم يهملوا الواقع ، بل قبلوه بعد تقويمه وتقديره بميزان أعلى منه بعيداً عن الأهواء والشهوات .

ذلك عرض سريع لتاريخ الواقعية عند رجال القانون . عرضناه بخطواته وما وقع فيها من نزاع طويل ، وكيف تطورت حتى وصلت الى وضعها الأخير لنتخلص منه بالنتائج الآتية .

(أولا) ان القوانين الوضعية على اختلاف ألوانها ولدت ناقصة قلقة غير مستقرة لعدم وجود مصدر ثابت تستقى منه ، ولا أدل على ذلك من هذا الاختلاف البين فى مصدر تكوين القاعدة القانونية فى تلك القرون .

(ثانياً) ان تلك القوانين لم تصل الى وضعها الأخير الا بعد كفاح شاق طويل ، فقد بدأت بفكرة المثالية المفرطة فى الخيال ، ثم نازعتها فكرة الواقعية التى لا يكون للقانون معها سلطان ، ثم امتزجت الفكرتان على مر الزمن ، وخرجت منهما فكرة وسط استقام معها الأمر الى حد ما .

(ثالثاً) ان فكرة المثالية الممثلة فيما سمى بالقانون الطبيعي لبست ثوبا دينياً [1] فى مرحلة من مراحل حياتها على يد الكنيسة المسيحية فى القرون الوسطي لما تبنتها ودافعت عنها لملاءمتها لتعاليمها الدينية ، ولعل هذا الأمر

---

(١) ويؤيد ذلك أن رجال القانون عندما انتقلت إليهم فكرة القانون الطبيعي من أيدى الفلاسفة ورجال الدين فرقوا بينه وبين القانون الوضعي . فعرفوا القانون الطبيعي بأنه مجموع المبادىء السابقة على وجود البشر والمنزلة من عند الله ، والقانون الوضعي . بأنه مجموع التشريعات التى يضعها الانسان بدافع من الضرورات الاجتماعية . فالأول تأله إلهى ، والثانى طريف بشرى . راجع الدكتور محمد عرفه فى مبادىء العلوم القانونية ص ٢٣

يخفى وراءه السر فى وصف بعض رجال القانون الفقه الاسلامى بأنه « فقه مثالى » لأنه فى نظرهم عبارة عن مجموعة من الأحكام نزلت بها نصوص الوحى فى فترة زمنية معينة ، بل فى بقعة من العالم معينة متأثرة بعنصرى الدين والأخلاق . وكثيراً ما حالت هذه النصوص بينه وبين واقع الناس وما تعارفوا عليه .

ومن ثم يكون عبارة عن مثل عليا . ليس بينه وبين الواقع صلة ، فلا يصلح للعمل به .

(رابعاً) ان الوضع الذى انتهى اليه رجال القانون بعد ذلك الجهاد الطويل من اعتبار الواقع بعد تقويمه وتقديره بميزان العدل ليس أمراً جديداً بل هو فى شريعة الله قديم . حيث قرره الاسلام من أول أمره ، وسار عليه فقهاؤه الى الآن. فهو لم يكن مثالياً بالمعنى الذى بدأت به القوانين ، ولا واقعياً بالمعنى المقابل له عندهم، فهو لم يكن خيالياً فى يوم من الأيام ، ولا واقعياً خاضعاً للأهواء والشهوات . بل كان ولا يزال واقعياً معقولا . يسير مع الواقع بعد تقديره بميزان العدل الالهى البعيد عن أغراض الناس ونزواتهم وهو ما قصدنا اثباته بعد أبطال شبه الطاعنين فيه .

واقعية الفقه الإسلامى

ان الفقه الاسلامى بعيد كل البعد عن الواقعية بالمعنى الأول ، وهو الخضوع للواقع فى كل شيء ، وتجرده عن المثل العليا ، ولم يقل أحد عنه إنه واقعى بهذا المعنى ،لا من أنصاره ، لأنها تباين حقيقته ، مع أنها لا تشرفه حتى يدعيها أنصاره ترويجاً له ، ولا من أعدائه ، لأنهم متفقون على وصفه بالمثالية المضادة لتلك الواقعية . والقرآن الكريم نفى هذا النوع من الواقعية نفيا صريحاً فى كثير من آياته التى تحارب الأهواء واتباعها ، وتجعل السلطان لما أنزله الله ، وتتوعد المتبع لهواه ، أو لهوى الناس بالعقاب الشديد .

فالله سبحانه يأمر رسوله بأن يحكم بين الناس بما أنزله اليه ولا يتبع أهواءهم فيقول :

"وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة . ولكن ليبلوكم فى ما آتاكم فاستبقوا الخيرات الى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك فان تولوا فاعلم انما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من الناس لفاسقون أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون "(1) .

ويحذره فى غير آية من عاقبة اتباع أهوائهم فيقول :

"ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذى جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولا نصير" (2) .

وفى أخرى يقول :

"ولئن اتبعت أهواءهم من بعد ما جاءك من العلم انك اذا لمن الظالمين"(3) .

وفى ثالثة يقول :

"ولئن اتبعت أهواءهم بعد ما جاءك من العلم ما لك من الله من ولى ولا واق" (4) .

---

(1) المائدة — ٤٨ ، ٤٩

(2) ، (3) البقرة — ١٢٠ ، ١٤٥

(4) الرعد — ٣٧

وصرح بأن اتباع الأهواء يؤدى الى فساد العالم " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن " (١)، وينعى على الذين يشرعون بأهوائهم ، فيحلون ويحرمون ، ويتوعدهم بالعقاب . " قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالا . قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون . وما ظن الذين يفترون على الله الكذب يوم القيامة ان الله لذو فضل على الناس ولكن أكثرهم لا يشكرون " (٢) .

ثم بين أن هذه سنته فى شرائعه السابقة مخاطباً نبيه داود عليه السلام " ياداود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب " (٣) .

تلك آيات من كتاب الله — وغيرها كثير — بينت فى وضوح أن التشريع الاسلامى لا يخضع للأهواء والرغبات ، وما واقع الناس فى أغلب صوره الا مزيج من الأهواء والشهوات تثيرها وتبرزها الى عالم الوجود ما خفى من الرغبات ، فالقول بأنه يتبع الواقع ويسير وراءه فى كل شىء مخالف للواقع .

ويدل لذلك من جهة المعقول (٤) أمران .

---

(١) المؤمنون — ٧١

قيل إن المراد بالحق هو الله عز وجل ، والمعنى . لو أجابهم الله إلى ما فى أنفسهم من الهوى ، وشرع الأمور على وفق ذلك لفسدت السموات والأرض ومن فيهن لأن شهوات الناس تختلف وتتضاد .

وقيل المراد به القرآن . والمعنى لو نزل القرآن بما يحبون ويشتهون لفسدت السموات والأرض . راجع تفسير القرطبى ج ١٢ ص ١٤٠ ، وتفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٥٠ ، والبحر المحيط ج ٦ ص ٤١٤ .

(٢) يونس — ٥٩ ، ٦٠ .

(٣) ص — ٢٦ .

(٤) راجع الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٧ وما بعدها ، ج ٤ ص ١٣١

أولهما : أن هذه الشريعة جاءت لاخراج المكلفين عن دواعى أهوائهم " كتاب أنزلناه اليك لتخرج الناس من الظلمات الى النور باذن ربهم الى صراط العزيز الحميد " [1] .

فكيف يتبع واقعهم المملوء بالأهواء ، وهل هذا الا تهافت ؟ .

وثانيهما : ان منافع الناس ومضارهم فى غالب أمرها اضافية لا حقيقية لأن الشيء قد يكون نافعاً فى وقت دون آخر ، وفى حال دون حال ، وبالنسبة الى شخص دون سواه ، فالمنفعة بالنسبة لجماعة قد تكون ضرراً عند آخرين .

ويتبع ذلك أن الأغراض فى الأمر الواحد تختلف بحيث اذا نفذ غرض بعض تضرر آخر لمخالفة غرضه ، فحصول الاختلاف فى أكثر الأحوال يمنع أن تكون الشريعة فى ملاحظتها المصالح تلاحظ الغرض أو الهوى ، لأنه لا تستقر أحكامها ، ولا تضبط قواعدها الا بملاحظة المصالح مطلقة عن ملاحظة الأغراض والأهواء .

ومن هنا كان لابد فيها من تقدير واقع الناس وتقويمه بميزان العدل بعيداً عن أغراضهم .

وهذا ما سلكه التشريع فى واقع الناس عند مجيئه ، فقد أقر منه الصالح وألغى الفاسد [2] ، وتوعد بالعقاب على فعله ، ولو كان يخضع للواقع

---

(1) ابراهيم — ١

(2) ولقد خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الجاهلية فى مسائل كثيرة ابتدعوها من غير أن يكون لها أصل فى دين من الاديان السماوية ، وإنما مبعثها هوى النفوس وشهواتها . اشار إلى ذلك ولى الله الدهلوى فى كتابه حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها . فقد كتب فصلا بعنوان . بيان ما كان عليه حال أهل الجاهلية فأصلحه النبى صلى الله عليه وسلم . تكلم فيه عما كان لدى العرب عند بعثة الرسول من احكام باقية من الشرائع السابقة كشريعة ابراهيم وولده اسماعيل عليهما السلام وعد منها أشياء كثيرة وبين متى دخل الفساد عليهم ، وأن أول من أدخله عليهم بعقله الكاسد عمرو بن لحى ، فهو الذى أدخل عليهم عبادة الاوثان وسيب السوائب وبحر البحائر . قبل مبعث =

لما كان له وجه فى التفرقة ، بل لما كان هناك داع لمجيئه أصلا ، ومن يتتبع نصوص الشريعة يجد فيها مجموعة نصوص ناهية تنهى عن كثير مما كان يفعله الناس حين نزولها ، والقرآن وضع الأساس للمأمورات والمنهيات فى قوله تعالى " ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى " (١) .

وقوله " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " (٢) .

وفى شأن تبادل الأموال يقول "وأحل الله البيع وحرم الربا" رداً عليهم فى قولهم " انما البيع مثل الربا " (٣) ، ثم يرسم لهم طريقه مهدراً الكثير مما كانوا يفعلونه بقوله " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٤) ، ويجىء رسول الله فيبين هذا الاجمال الرابض وراء كلمة الباطل ، فينهى عن أنواع من البيوع كثيرة ملأت واقع الناس حين بعثته وقبلها . عد منها ابن العربى فى تفسيره (٥) خمسة وخمسين وجهاً . فنهى عن بيع الملامسة والمنابذة والقاء الحصاة ، كما نهى عن بيع المعدوم والغرر وبيع ما لم يقبض ، وبيع المضطر والمضامين والملاقيح ، وقال لا يبع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يبع حاضر لباد وغير ذلك .

= الرسول بما يقرب من ثلاثمائة سنة ، وأن الرسول بعد بعثته نظر فيما عندهم ، فما كان من بقايا الملة الصحيحة أبقاه وأمر بالأخذ به ، وما كان من تحريفاتهم نفاه وأكد نفيه ، ثم ضبط لهم العبادات ورسم لهم الطرق الصحيحة لمعاملتهم وغيرها ، هذا وقد عد الأمام محمد بن عبد الوهاب من هذه المسائل مائة مسالة فى كتيب بعنوان «مسائل الجاهلية التى خالف فيها رسول الله اهل الجاهلية» وقام بشرح هذه المسائل علامة العراق السيد محمود شكرى الألوسى . والمسائل بشرحها مطبوعة فى كتاب زاد على المائة والخمسين صفحة من نشر المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة .

(١) النحل — ٩٠

(٢) الأعراف — ١٥٧

(٣) البقرة — ٢٧٥ ،

(٤) النساء — ٢٩

(٥) أحكام القرآن جـ١ ص ١٠٢

وفعل مثل هذا فى بقية المعاملات ، والنكاح مما كان موضع اختلاف بين الفقهاء فى مدى تأثير النهى فيه فيما بعد .

هذا هو موقف الفقه الاسلامى من الواقعية بالمعنى الأول لا يقرها ، بل يعاديها ويرفضها فى صراحة .

أما واقعيته بالمعنى الثانى فالناس ازاءها صنفان

صنف يجرده منها ويلحقه بالمثالية المجردة التى تنفر من الواقع وتعاديه وصنف آخر يعترف له بتلك الواقعية ، ولا يعيب عليه الا دعوى قفل باب الاجتهاد فيه التى سببت له التوقف عن التقدم فى بعض موضوعاته حتى زاحمته القوانين الوضعية فى كثير من بلدان الاسلام .

ولعل نفاة الواقعية عن هذا الفقه نظروا الى ما لعنصرى الأخلاق والدين فيه من أثر ، فحسبوه أحكاماً أخلاقية دينية جاءت لتهذيب النفوس والسمو بها فى مدارج الكمال ، لاصلة لها بالمجتمع ونظامه ، لأن الأخلاق فى نظرهم صفات كمالية ترتفع بالنفس الى عالم المثال والروحانية البعيدة عن الواقع وعالم المادة .

والدين الذى عرفوه هو فى أصله عبارة عن وصايا خلقية . جاءت لمجرد تهذيب النفوس لا لتنظيم المجتمع اختلط بها على مر السنين بعض تعاليم شاقة فيها غموض من وضع رجال الكنيسة تمنع الناس من التمتع بما فى الحياة من متاع ، وتأمرهم بالانقطاع عن الدنيا والزهد فيها [1] فأنى لفقه تأثر بهذا وذاك أن يساير الحياة ويلائمها ؟

ثم تأكد ذلك لديهم لما وجدوه يحارب الواقع فى نطاق رفضه الكثير مما تعارفه الناس وعملوا به .

ومن هنا نستطيع أن نحصر شبههم التى منها خرجت دعواهم فى أمور ثلاثة :

---

(١) سنوضح ذلك عند الكلام على أثر الدين فيه .

١ — تأثره بالعنصر الأخلاقى .

٢ — تأثره بالعنصر الدينى .

٣ — موقفه من العرف .

وسنعرض هذه الشبه على بساط البحث ليتبين للناس ما فيها من زيف وبعد عن الحقيقة ، وأنها نشأت من عدم العلم بما فى هذا الفقه من مبادىء وأسس تلتئم مع الواقع وتسايره .

أثر العنصر الأخلاقى فى فقه الاسلام

أما أثر العنصر الأخلاقى : فمن الناس من يجعل للأخلاق أثراً بيناً فى أحكام هذا الفقه يسمو به عن واقع الناس حيث يغلب عليه عنصر التهذيب بل أبعد بعضهم وجعله والأخلاق شيئاً واحداً يقابل القانون ، لا أثر له فى التنظيم . ولنترك الكلام لزميلنا الدكتور حسن كيره ليحدثنا عن موقف بعض رجال القانون من هذه المسألة .

وها هو ذا يتكلم فى مدخله (١) تحت عنوان « القانون والأخلاق » فيقول . ما ملخصه :

أما التفرقة بين القانون والأخلاق فهى تفرقة عريقة فى القدم وإن اختلفت اليها السبل ، وتباينت بشأنها المعايير ، ويجدر قبل بيان أوجه هذه التفرقة وأساسها التنبيه الى أن القانون يلتقى مع الأخلاق فى كثير من قواعدها ، كتلك التى تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتى تدعو الى الوفاء بالعهود دون أن يجر ذلك الالتقاء الى الاختلاط بين الأخلاق والقانون ، بل يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

وبعد أن بين أن القانون قد ينزل عن بعض المثل الأخلاقية فى سبيل تحقيق الاستقرار والأمن تساءل عن مناط التفرقة بينهما ، ثم أجاب

---

(١) وكذلك فى كتابه أصول القانون ص ٣٨ ومابعدها مع زيادة تفصيل .

بأن بعض الفقهاء يرون أن الأخلاق تقتصر على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى مازالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد فى صورة أفعال ، والقانون يقتصر على الأفعال المحسوسة دون ما وراءها من دوافع خفية .

ثم رد ذلك بأن الأخلاق وان كانت تعنى بمحض المقاصد والنوايا الباطنة فهى لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد الى كثير من الأفعال الخارجية ، لأنها لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه ، وواجباته قبل نفسه فحسب ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء ، وكذلك القانون لا يقتصر على الأفعال المحسوسة ، بل يتعدى ذلك الى ما وراء الأفعال من دوافع ، ففى نظرية التعسف فى استعمال الحق وغيرها خير دليل على ذلك .

ثم قال : ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة الى الجزاء ، فجزاء مخالفة القانون مادى توقعه السلطة الحارسة للقانون ، وجزاء مخالفة الأخلاق معنوى ، وهو تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

ومع أن هذا الفرق صحيح فى نظره الا أنه لم يعترف بكفايته فيلجأ الى التفرقة بينهما من جهة أخرى ، وهى الغاية والهدف ، فغاية الأخلاق غاية مثالية ، هى السمو بالانسان نحو الكمال ، وغاية القانون واقعية نفعية هى اقامة نظام المجتمع ليحقق الأمن والإستقرار فيه ، فقواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير نفسه وروحه ، وقواعد القانون متجهة اليه بقصد تحقيق صالح الجماعة . فالأخلاق تحدد سلوك الفرد بالنظر لذاته فتخضعه لضميره ، والقانون يحدد سلوكه بالنظر للمجتمع .

ومن هنا قالوا : ان القانون نظام المجتمع والأخلاق نظام الفرد ، فهما نظامان مختلفان فى الغاية والهدف حتى فى بعض الأحكام التى يختلطان فيها فى الظاهر . فمثلا القانون والأخلاق يتفقان على تحريم القتل الا أن القانون

يحرمه لما يترتب عليه من آثار تضر بالمجتمع ، والأخلاق تحرمه لما له من آثار سيئة فى نفس القاتل من انغماسها فى الرذيلة وانطباعها على الشر .

فمحكمة الأخلاق هى الضمير حيث تدور معركة الخير والشر فى ذاته ومحكمة القانون هى محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعى .

واذا اختلفا فى الغاية اختلفا فى نطاق العمل بكل منهما ، فيحلل القانون بعض ما تحرم الأخلاق كالربا [1] وتبع ذلك الاختلاف فى الجزاء .

وفوق ذلك فان الأخلاق تقتصر على بيان الواجبات دون تقرير الحقوق فهى حين توجب على القادرين مساعدة المحتاجين لاتنشىء بذلك حقاً للمحتاجين على القادرين[2] .

تلك هى الفروق التى اختارها وأصر عليها . بدليل أنه عندما وجد بعض الفقهاء الغربيين كالفقيه الفرنسى « ريبير » يعترف بأن القانون آخذ فى الاصطباغ بصبغة أخلاقية حتى ليكاد القانون عنده يختلط ويتحد بالأخلاق مستنداً الى أن القانون أخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، لما وجد هذا الاعتراف يقرب الاتحاد أبى الا التفرقة

---

(١) وهنا نتساءل عن إباحة الربا فى القانون ، هل أدت هذه الاباحة الى الاستقرار والأمن فى المجتمع الذى ينشده القانون ، أم الأمر بالعكس ؟

إن أضرار الربا لاتحتاج إلى بيان ، فقد اعترف بها العقلاء فى كل عصر ، بل إن رجال الاقتصاد فى الأمم الغربية التى لاتدين بالاسلام اعترفوا بما فيه من أضرار ومساوىء خطيرة . كما يقول الدكتور عبد الله العربى فى مقال له عن فكرة الدولة فى الاسلام المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد بالعددين الثالث والرابع من السنة السادسة والعشرين .

(٢) اذا كان يقصد بالأخلاق مايرادف الفقه الاسلامى فهذه الدعوى غير صحيحة ، لأن الفقه لم يقتصر على بيان الواجبات بل بين معها الحقوق أجلى بيان ، وهذا المثال الذى مثلوا به وهو مساعدة المحتاج لايثبت تلك الدعوى . حيث انه مجرد تبرع واحسان لايترتب عليه حق لأحد ، والقرآن يقول «ماعلى المحسنين من سبيل»

وكيف نوفق بين هذا وبين مافى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة من حقوق وواجبات وهى عندهم من القضايا الأخلاقية ؟ ! .

وتثبيت البعد بينهما (١) موجهاً ذلك بأن القانون حينما يأخذ بنظرية أخلاقية لم يأخذها لأنها مثل أخلاقى سام ، بل أخذها لما فيها من نفع للمجتمع .

فهذا كلام صريح فى أنهم لم يقصدوا بالأخلاق مدلولها الاصطلاحى (٢) وهى الصفات التى يجب أن يتحلى بها الانسان اذا كانت حميدة ، كالصدق والأمانة والوفاء بالوعد وما شابهها ، والتى يجب عليه أن يتخلى عنها اذا كانت غير ذلك ، كالكذب والخيانة وخلف الوعد وغيرها .. بل أرادوا بها ما يرادف الفقه الاسلامى ، بدليل تمثيلهم بأحكامه من تحريم القتل والربا ، وعدم ثبوت الملك بالحيازة ، وعدم سقوط الدين بالتقادم ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، والظروف الطارئة وغيرها ، وقولهم ان الأخلاق لا تقتصر على واجبات الانسان نحو ربه ونفسه ، بل تتجاوزها الى واجبات الشخص نحو غيره .

وهى محاولة لنفى فائدته فى تنظيم المجتمع وقصرها على تهذيب النفس الأمر الذى يجعل من الفقه الاسلامى فقها غير صالح للعمل ولا للتقنين (٣)

---

(١) ويود أن يرجع ذلك الفقيه عن رأيه ، بل يميل الى تسجيل رجوعه عنه فى كتاب آخر ، فيقول فى هامش ص ٤٠ من كتابه أصول القانون : يبدو أن ريبير قد غير هذه النظرية ، فهو فى كتابه الأخير عن «القوى الخلاقة للقانون» يسجل ماشهدته السنوات الأخيرة من كثرة انحراف القانون عن قواعد الأخلاق ، ويحذر من هذه الظاهرة الخطيرة ، ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم ممايتهدد المدنية من خطر انتشار هذه الظاهرة .

(٢) هذا وان كان بعض شراح القانون كالدكتور محمد عرفه فى مبادىء العلوم القانونية ص ٣٨ من الطبعة الثالثة ، والدكتور جمال الدين زكى فى كتاب نظرية القاعدة القانونية عرفا الأخلاق بما يقرب من معناها الاصطلاحى إلا أنهما عند التمثيل لها مثلا بأحكام فقهية كتحريم الربا ولعب الميسر ...

(٣) ألا ترى أنه يقلل من أهمية جعل الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانون بعد العرف والتشريع . فيقول فى أصول القانون ص ٣٦٦ وما بعدها . واذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد قد جعل من مبادىء الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية مما قد يكون له أثره فى انهاض=

ولا أدل على ذلك من قولهم « فغاية الأخلاق غاية مثالية هي السمو بالانسان نحو الكمال ، وغاية القانون غاية واقعية نفعية هي اقامة نظام المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار فيه » .

وهذا التصوير جانبه الصواب من وجهين :

أولهما : جعلهم أحكام الفقه كلها أحكاماً خلقية ليسهل عليهم ابعادها عن دائرة التشريع والتقنين لما هو مركوز فى أذهان الناس أن القانون شىء والأخلاق شىء آخر .

وثانيهما : نفى تأثير الأخلاق فى المجتمع وقصر تأثيرها على نفوس الأفراد .

وأكبر الظن عندى أنهم قالوا ذلك تقليداً لرجال القانون الغربيين فى هذا الموضع بدليل أن كلامهم فى موضع آخر جاء متفقاً مع الحقيقة أو هو عينها (١) .

والكتاب الأجانب حينما يكتبون عن الاسلام تتحكم فيهم روح التعصب فتحيد بهم أقلامهم عن الصواب كما يقرر ذلك الدكتور محمد حسين هيكل

= الفقه الاسلامى واحيائه بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد فينبغى أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء الى الشريعة لن يتأتى فى العمل الا نادرا نظرا لأن التشريع - وهو المصدر الرسمى الأول للقانون المصرى - قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على السواء مما لايدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف ، وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالى ومن باب أولى لايكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة ، وهو مبادىء الشريعة الاسلامية ، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها فضلا عما يكون هناك من تعارض بين مبادىء هذه الشريعة وبين المبادىء العامة الأساسية للقانون الوضعى المصرى الحالى .

(١) فى الكلام على مصادر القانون عرفوا الدين بأنه القواعد والأحكام التى ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهى تنظم وتحكم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات . أى علاقة المرء بنفسه . وقواعد المعاملات بالمعنى الواسع . أى القواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره . أصول القانون ص ٢٥٦ وفى ص ٢٦٠ ، أما الدين الاسلامى فقد نزل به الوحى دينا وقانونا فى آن واحد الخ.

فى مقدمة كتابه حياة محمد[1] والدكتور حسن سعفان فى كتابه[2] « الدين والمجتمع » وغيرهما .

" ونحن نتكلم معهم فى الأمرين .

أما الأول : فمن المعلوم لدى كل من عرف مبادىء الاسلام الأولية أن له ثلاث شعب : شعبة العقيدة ، وشعبة الأخلاق ، وشعبة الأحكام العملية .

أما العقيدة فتقوم على الايمان بالله وتوحيده بالعبادة والتقديس والخضوع له والرجوع اليه فى كل ما يعن للانسان ، لأنه واهب الوجود ومصدر كل خير ونعمة ، والايمان برسله وكتبه التى أنزلها عليهم وملائكته الذين لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ، والايمان بالغيب وما فيه من أسرار لا يعلمها الا الله ، ومنه الايمان باليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء .

فاذا آمن المرء بذلك كله وُجد عنده رقيب فى نفسه يراقبه فى سره وعلانيته ، ذلك الرقيب هو الضمير الحى الذى يولد مع الايمان بما سبق .

وأما شعبة الأخلاق فتقوم على تحلية النفس بجميل الصفات بعد تجريدها من قبيحها ، فبين الاسلام الصفات المرذولة ، وحتم على العبد التخلى عنها وتطهير نفسه منها ، والصفات الفاضلة ، وطلب منه أن يتخلق بها ، وأن يجعل لنفسه حلية منها .

فالكذب وخلف الوعد والغيبة والنميمة والحقد والحسد والغش والخداع والجبن والجور والخيانة وما شاكلها صفات مرذولة أفسدت على الناس

---

[1] ص ٢٨ الطبعة الثانية .

[2] يقول فى أول صفحة من هذا الكتاب : ان الكتب الأجنبية التى تتعرض للكتابة عن مبادىء الاسلام كثيرا مانجد روح التعصب الوبيل بادية فى أسلوب مؤلفيها وطريقة عرضهم للمبادىء الاسلامية .

حياتهم ، وأثارت العداوة والبغضاء بينهم . فوق أن العقول السليمة تمجها وتنفر منها ، لذا أوجب الشارع على المرء أن يتخلى عنها حتى لا تكون معولا يهدم صرح العلاقة بينه وبين أخيه الانسان .

والصدق والوفاء بالوعد والاخلاص فى العمل والرحمة والتعاون والصبر والعزيمة والشجاعة والإقدام والكرم والاحسان وحب الخير للناس ، والعفو والصفح عن مسيئهم والحياء صفات فاضلة تكمل النفوس وتسمو بها فى مدارج الانسانية المهذبة ، وتعين على احكام الروابط بينهم ، "ولمن صبر وغفر ان ذلك لمن عزم الأمور"(١) "ادفع بالتى هى أحسن فاذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم" (٢) "فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك" (٣) "وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً واذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما" (٤) .

وهاتان الشعبتان تتعاونان على اصلاح الباطن ليكون أساساً سليما يرتكز عليه الظاهر ، فان كل محاولة لاصلاح الظاهر قبل اصلاح الباطن تذهب سدى ، وتجعل من القوانين العملية أداة للتخويف والارهاب لا يمتثلها شخص الا تحت سوط التهديد .

وهذا هو السر فى عناية القرآن باصلاح العقيدة وتهذيب النفوس وصرفه أكثر آياته الى الأمرين قبل أن يبدأ فى تشريع الأحكام العملية التى تنظم الظاهر ، وفى هذا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديثه المشهور :

ألا وان فى الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهى القلب .

---

(١) الشورى – ٤٣

(٢) فصلت – ٣٤

(٣) آل عمران – ١٥٩

(٤) الفرقان – ٦٣

// أما الشعبة الثالثة فهى شعبة التنظيمات العملية ، وقوامها تنظيم الحياة العملية والروابط بين الناس أفراداً وجماعات ، وهى التى تسمى فى الاصطلاح الشرعى بالفقه الاسلامى ، وتقابل القوانين ، وتقوم بمهمتها . غير أن تنظيمها أدق وأحكم ، لأنها نظمت الظاهر بعد تنظيم الباطن ، فهى تتساند مع الشعبتين السابقتين فى التنظيم الحقيقى ، فيلتقى تنظيم الباطن مع تنظيم الظاهر وحينئذ يصدر الانسان فى امتثالها غالباً عن رغبة فى النظام وانقياد للأحكام الشرعية بقوة الايمان وغلبة حب الخير لا عن خوف من سلطان القانون وبطشه .

ولعل فيما أخرجه أبو داود والترمذى فى صحيحيهما عن أبى برزة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد المنبر يوماً فنادى بصوت رفيع : « يامعشر من أسلم بلسانه ولم يفض الايمان الى قلبه لا تؤذوا المسلمين ولا تعيروهم ولا تتبعوا عوراتهم فان من تتبع عورة أخيه المسلم تتبع الله عورته ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو فى جوف بيته » لعل فى ذلك ما يرشد الى أثر الايمان فى امتثال التكاليف .

ولكن القوانين الوضعية التى تنظم الظاهر دون أن تعرض للباطن فلن تستطيع حمل الناس على امتثالها إلا تحت تأثير التخويف والارهاب مما تفرضه من جزاء على المخالفة ، فاذا أمنوا العقاب لم يكن فى نفوسهم أثر لهيبة ولا احترام ، فهى اذا ليست مانعة من المخالفة ، وانما تمنع من الظهور بها فقط .

فكم من المخالفات ترتكب على حين غفلة من القانون .

وما تعرض له فى بعض الأحيان مما يدخل فيه العنصر الأخلاقى لا تعرض له من ناحية أنه مهذب للنفوس بل من ناحية ما فيه من نفع المجتمع . كما سبق تصريحهم بذلك ، أو يقولون انه من قبيل الآداب العامة والسلوك العام الذى لا يستغنى عنه المجتمع .

واذا ظهر لنا أن الأخلاق شيء ، والفقه الاسلامى شيء آخر كان اطلاق كلمة الأخلاق على أحكام الفقه اطلاقاً غير حقيقى ، وان صح هذا الاطلاق يكون لما بينهما من التعاون والتساند على تحقيق هدف المشرع من تشريعه ، وهو تنظيم المجتمع تنظيما حقيقياً .

غاية الأخلاق

بقى الأمر الثانى وهو جعلهم غاية الأخلاق غاية مثالية هى تهذيب النفوس دون أن يكون لها أثر فى تنظيم المجتمع .

وهو مردود كسابقه ، لأن الشارع حينما شرع الأخلاق لم يقصد بها اعداد النفوس البشرية لتكون ملائكة تحلق فى عالم الروح بعيداً عن المجتمع الواقعى ، بل قصد بها تهذيب النفوس لتكون نفوساً خيرة غير شريرة ، فيصلح المجتمع الذى يتكون منها ، وما المجتمع الا بناء ضخم لبناته الأفراد فاذا كانت اللبنات صالحة كان البناء سليما [1] ، واذا فسدت اللبنات أو بعضها كان البناء عرضة للانهيار فى كل حين ، فأثر الأخلاق بين واضح فى تنظيم المجتمع ، والقوانين بدونها لا تغنى غناءها ولا تحقق هدفها [2] .

---

(١) أو كما يقول أستاذنا الأكبر فى كتابه نظرية الاسلام فى بناء المجتمع « وما المجتمع فى واقعه الا الأفراد التى هى لبناته ومنها يتكون ، وما الأفراد فى واقعها الا المجتمع الذى منها يتكون ، فبقدر صلاح الأفراد يصلح المجتمع وبقدر فسادهم يفسد المجتمع » .

(٢) ولقد اعترف بعض الفقهاء الغربيين بأثر الأخلاق الظاهر فى تحقيق القانون غايته ، فالفقيه الفرنسى ريبير فى كتابه « عن القاعدة الخلقية فى الالتزامات المدنية » كما نقل عنه الدكتور كيره فى أصول القانون ص ٤٠ – يذهب الى أنه لا يوجد فارق بين القانون والأخلاق لامن حيث الغاية ولا من حيث النطاق ، فقواعد القانون كلها محكومة بالأخلاق ، وهو مايعطيها سندا متينا من الشرعية والالزام فى نفوس الأفراد يجعلها أكثر قبولا ومراعاة فى التطبيق العملى » وبعد أن بين أن الأخلاق فى صراع مستمر على التسلل إلى القانون لتوجيهه وحكمه قال : إن الغلبة فى النهاية لابد مكتوبة للأخلاق طالما يفتقد القانون الأساس المثالى ، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل سيادة المثل الأخلاقية .

وفى كتابه عن « القوى الخلاقة للقانون » يحذر من انحراف القانون عن قواعد الأخلاق – لما شهده من هذا الانحراف فى السنوات الأخيرة – ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم مما يتهدد المدنية من انتشار هذه الظاهرة » .

فلو تصورنا مجتمعاً ترك فضيلة الصدق ، وتخلق بنقيضه وهو الكذب ، والكذب قلب الحقائق أو الأخبار بما لا يطابق الواقع . كما يقول علماء الأخلاق . فماذا يكون مصير العلاقات فى هذا المجتمع الكذاب ، وأى فائدة للقوانين فيه ؟

وكيف تصل الحقوق الى أصحابها مع هذا الكذب المفسد للذمم ؟

ألم توجب القوانين كلها تحليف المدعى عليه اذا انعدمت البينة ؟ فأى فائدة لليمين مع انعدام الصدق ؟ بل أى فائدة للشهادة التى عليها تبنى الأحكام مع عدم الاطمئنان الى صدق الشهود ؟ (١)

ولو تجاوزنا ذلك وتصورنا مجتمعاً عمت فيه النميمة وحب الانتقام واستباح كل واحد أن يتقول على غيره ما يحلو له غير متقيد بميزان الخلق ، وقابل المفترى عليه ذلك بالانتقام من المفترى ، فماذا يكون نصيب ذلك المجتمع من الأمن والسلام والاستقرار التى تنشدها القوانين ؟

ألم يكن العفو والتسامح والاحسان الى الغير وحب الخير لهم من دعائم الاستقرار فى المجتمع .

فالعفو يولد العفو ، والتسامح يقتل عداوة النفوس " ادفع بالتى هى أحسن فاذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم " والاحسان يأسر النفوس ويجلب المحبة والألفة ، وحب الخير للناس ينتزع الغل والحقد من النفوس ؟

وهل ينكر عاقل ما للحياء من أثر فى عصمة النفوس ومنعها عن ارتكاب المخالفات ، وأنه اذا انعدم الحياء أو قل فى مجتمع انعدم فيه الخير أو ندر ، فتكثر الموبقات ، وقديماً قيل : «اذا لم تستحى فاصنع ماشئت» وهل يستطاع

---

(١) ولقد أدرك المشرع الوضعى هذا الخطر فرتب على شهادة الزور عقوبات تختلف تبعا لاختلاف المشهود عليه والأثر الذى يترتب عليها ، فقد تكون السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة وقد تصل إلى الاعدام راجع المواد ٢٩٤ — ٢٩٩ من قانون العقوبات .

انكار ما للاخلاص فى العمل من أثر فى رقى المجتمع وتقدمه ، ومنا للعزة والكرامة والحذر والاحتياط من الابقاء على استقلال الشعوب واحتفاظها بهيبتها ؟؟

وهكذا تسهم كل فضيلة فى بناء السلام والاستقرار ، وبعكسها تكون الرذيلة معولا يهدم صرح الأمن والطمأنينة فماذا نبغى من الأخلاق وراء هذا كله ؟؟

نعم ان أثرها الأول يظهر فى النفوس فيطهرها ، ثم ينتقل ذلك الطهر الى المجتمع فينقيه من الأدران ، فيصبح بذلك مجتمعاً صالحاً يأمن كل واحد فيه على نفسه وماله وعرضه .

ثم ان الأحكام العملية ذاتها وان قصد بها تنظيم العلاقات أولا فهى تعود فى غالب صورها الى النفوس بالتهذيب لتقوى العلاقات ، وتقوم على دعائم متينة .

ألا ترى معى أن الصلاة وهى مظهر من مظاهر العبودية لله يتعدى نفعها الى المجتمع ، فالنفس اذا خضعت لله وذلت له ، وأيقنت بمراقبته سمت بذلك وترفعت عما يضر المجتمع ، كما صرح بذلك القرآن " وأقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر " (١) ومن هنا قال رسول الله فى شأنها " من لم تنهه صلاته عن الفحشاء والمنكر فلا صلاة له " .

والزكاة وهى ضريبة اليسار فى الاسلام التى شرعت لتحقق التعاون بين الأغنياء والفقراء لها أثر كبير فى تهذيب النفوس ، فتغرس المحبة فى قلوب الفقراء بعد أن تستل منها رذيلتى الحقد والحسد لأرباب الأموال ، كما تنتزع رذيلة الشح والحرص على المال من نفوس الأغنياء ، ثم تحليها بفضيلة البذل والاعطاء ، وبهذا وذاك تتلاقى النفوس على الخير ، ويعم الأمن والاستقرار مجتمع الناس .

---

(١) العنكبوت — ٤٥

ولا يقل الصيام عن ذلك ، فهو مران على فضيلة الصبر ، وجهاد النفس الذى سماه الرسول الكريم الجهاد الأكبر ، ويشعر الغنى بمرارة الحرمان ، فيلين قلبه عطفاً على المحتاجين .

ولا يخفى على منصف ما فى تشريع المعاملات فى الاسلام من نواح خلقية اذا تأملها بعين واعية . فالربا الذى حرمه الاسلام يهدف الى حماية المجتمع من شر الأنانية وحب الذات والتحكم فى الغير وسلب أمواله بدون وجه حق ، ويبث روح التعاون ، فتطهر النفوس وتتحلى بثوب القناعة .

ولما فى الربا من خطر على المجتمع توعد الله فى كتابه المرابين باعلان الحرب عليهم فى الدنيا " فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله " (١) وبالعقاب الشديد فى الآخرة " ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون " (٢) .

وأعلن رسول الله فى خطبة الوداع اهدار ربا الجاهلية ، وأنه موضوع تحت قدمه فقال : « ألا ان كل شىء من أمر الجاهلية تحت قدمى موضوع ، وربا الجاهلية موضوع كله ، وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبد المطلب » (٣) .

ولم يقتصر تحريمه على هذه الأمة بل قد حرمه الله فى الشرائع السابقة (٤) وهو دليل قبحه الدائم ، وقل أن يخلو تشريع اسلامى من مراعاة الجانبين .

---

(١) ، (٢) البقرة — ٢٧٩ ، ٢٧٥

(٣) امتاع الأسماع للمقريزى جـ ١ ص ٥٢٣

(٤) لقد صرح القرآن بتحريمه على اليهود " فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل " المائدة — ١٦٠ ، ١٦١ ، ويقول ابن كثير فى تفسيره جـ ١ ص ٥٨٤ : إن الله قد نهاهم عن الربا فتناولوه واخذوه واحتالوا عليه بأنواع الحيل » ، ويقول أبو حيان فى البحر المحيط جـ ٣ ص ٣٩٤ عند تفسير الآية السابقة : « قالوا والربا محرم فى جميع الشرائع » ، وروى الكاسانى فى بدائعه جـ ٢ ص ٣١٢ أن رسول الله كتب إلى مجوس هجر : إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله » .

جانب الفرد وجانب المجتمع وان اختلف فى أيهما قصد أولا ، وأيهما يأتى فى المرتبة الثانية ، وهو بذلك يجتث جذور الفساد ويبنى المجتمع بناء سليما من العيوب ، ولا غرو فمصدره الأول وحى الله الذى يملك الظاهر والباطن ، ويعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور ، فهو أعلم من غيره بما ينفعه فى ظاهره وباطنه ، وقد قال سبحانه — عند خلق آدم — رداً على استفسار ملائكته عن الخليفة الذى يكون فى الأرض " انى أعلم مالاتعلمون " (١) .

وبمقارنة بين تشريع الاسلام والتشريع الوضعى فيما يتعلق بجريمة ماسة بالعرض والشرف والنسب « جريمة الزنى » تلك الجريمة الخلقية الفاضحة نجد الفرق بينهما شاسعاً .

فالتشريع الوضعى أباحها فى الأصل ، بل ونظمها بفتح بيوت البغاء الرسمى ، وقد فتحت فى بلدنا الاسلامى ، وبقيت مفتوحة الى عهد قريب ثم أغلقت وان كان اغلاقها لم يؤثر الا فى منع علنيتها فقط ، والا فالقانون لا يزال يحميها ويغمض عينه عنها . حيث لم يفرض عليها عقوبة الا فى حالات خاصة ، حالة الاكراه ، وفى فراش الزوجية ، والصغيرة التى لم تبلغ سن الثامنة عشرة ، وفيما عدا ذلك لا عقاب ، بل لا مؤاخذة ما دام الرضا متوفراً بين الزانى والمرأة البالغة سن الزواج بعيداً عن فراش الزوجية (٢) .

ولم يلتفت المشرع الوضعى للآثار السيئة التى تترتب على هذا الفعل من اختلاط الأنساب ، وكثرة وجود الأولاد غير الشرعيين الذين تزدحم

---

(١) البقرة — ٣٠

(٢) راجع المواد — ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات . وأحكامها تتلخص فى أن العقوبة لاتوقع على الزانية إذا حدث الفعل برضاها وكانت غير متزوجة ، أوكانت متزوجة ولم يرفع زوجها الدعوى عليها ، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما ، أو رفعها وسمعت منه ولكنه أوقف الاجراءات ، أو أوقف تنفيذ الحكم برضائه بمعاشرتها . والرجل لا يعاقب إذا زنى بامرأة غير متزوجة أو متزوجة ولم يرفع زوجها الدعوى عليها ، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما . والمتزوج لا يعاقب إذا ارتكبها بعيدا عن منزل الزوجية ، أو فيه ولم ترفع زوجته الدعوى عليه .

بهم الملاجىء ، والعار الذى يلحق الطرفين بما يجره التمادى فى هذه الفعلة الشنيعة من استخفاف بالأعراض وإهدار كرامتها .

ولعل السر فى سلوك قانوننا الوضعى هذا المسلك هو أنه مستمد فى أصله من القانون الفرنسى الذى تأثر واضعوه بعادات بلادهم وتقاليدها ، فهى لاتعتبر هذه الفعلة جريمة الا اذا صحبها اكراه أو كانت فى فراش الزوجية ... وهل مثل ذلك يستسيغه العقل فى بلادنا ذات التقاليد والعادات المغايرة تماماً لما عند الفرنسيين ؟؟

أما التشريع الاسلامى فقد اعتبرها جريمة فى جميع صورها يستحق فاعلها العقوبة المقررة متى ثبت وقوعها بدليل صحيح من اقرار أو شهادة يستوى فى ذلك الرضا والاكراه ، فى فراش الزوجية أو بعيداً عنه ، رضى الزوج بذلك أو لم يرض ، بلغت المزنى بها سن الزواج قانوناً أو لم تبلغه "الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين " (١) .

وفى هذا التحريم الشامل والعقاب الزاجر اقتلاع لبذور هذه الفعلة الدنيئة من أرض المجتمع الطاهرة (٢) .

وبهذا ظهر لنا أن عنصر الأخلاق فى التشريع الاسلامى لا يبعده عن الواقع ، بل هو عامل من عوامل واقعيته وصلاحيته لسياسة المجتمع .

واذا بطلت شبهتهم الأولى انتقلنا الى شبهتهم الثانية — وهى تأثره بعنصر الدين — لنكشف عما بها من زيف .

---

(١) النور — ٢

(٢) ويلاحظ أن مجرد تقدير العقاب الشديد كاف فى الزجر عن الجريمة ، ولا يلزم من تقريره إقامته فى كل حالة ، لأن الشارع بعد تقريره تلك العقوبة احتاط فى إقامتها احتياطا يجعل توقيعها نادرا كما سيأتى توضيحه فيما بعد .

أثر الدين فى الفقه الاسلامى

لكى نقف على حقيقة تأثر الفقه الاسلامى بالدين ، وما اذا كان هذا التأثير سبباً من أسباب صلاحيته وملاءمته أم عاملا من عوامل تأخره وتخلفه عن غيره . يجب أن نعرف أولا مدلول هذه الكلمة ، ومراد الباحثين منها ، فعلى اختلافهم فى المراد بها بنى الاختلاف فى هذا الموضوع .

وقبل هذا وذاك نمهد بكلمة عن الدين المسيحى تبين الظروف التى نشأ فيها ، والمهمة التى جاء من أجلها ، وتطوره مع الزمن ، وبخاصة فى الدول الغربية التى تدين به الآن ، فان معرفة ذلك سوف تكشف لنا عن حقيقة الشبهة ومصدرها الأول فنقول :

من راجع تاريخ المسيحية فى الشرق والغرب وجدها جاءت أول الأمر لبنى اسرائيل حينما خبثت نفوسهم وتحجرت قلوبهم ، وأصبحت ديانتهم فى نظرهم عبارة عن طقوس جامدة لا حياة فيها ولا روح .

جاءت لتهذب نفوسهم ، وتلين قلوبهم ، فكانت فى جملتها مجموعة وصايا خلقية . تدعو الى المحبة والرحمة والتسامح واللين والزهد، وكل مايوصل الى الصفاء الروحى ، ولم تعرض لتنظيم المجتمع الا فى بعض إشارات عابرة ، لانعدام الحاجة الى هذا التنظيم حينذاك ، لكفاية الشريعة الموسوية فى ذلك .

جاءتهم فى الشرق وهم محكومون لدولة الرومان ، ثم مالبثت أن دخلت أوربا على أيدى حكامها الذين اعتنقوها ، وبعض رجالها المهاجرين فراراً من الاضطهاد ، وكان فى تاريخها فى كل من الشرق والغرب أحداث وأحداث .

ففى الشرق لقى المسيحيون اضطهاداً بالغاً على أيدى أباطرة الرومان خصوصاً « دقلديانوس » مما جعل الكثير منهم يفر الى مناطق غير مسكونة يقيمون فيها معابدهم وأديرتهم .

ومن هنا جاءت دعوتهم الى التقشف والزهد ، فحرموا على أنفسهم ملاذ الحياة ومتعها ، وبالغوا فى ذلك حتى كانت رهبانية ابتدعوها ابتغاء مرضاة الله ، ثم حرفت ودخلها الغلو ، كما أخبر الله عنهم فى قوله سبحانه "ثم قفينا على آثارهم برسلنا وقفينا بعيسى ابن مريم وآتيناه الانجيل وجعلنا فى قلوب الذين اتبعوه رأفة ورحمة ورهبانية ابتدعوها ماكتبناها عليهم الا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها فآتينا الذين آمنوا منهم أجرهم وكثير منهم فاسقون" (١) الرأفة . اللين ، والرحمة . الشفقة ، والرهبانية الفعلة المنسوبة الى الرهبان وهو الخائف ، وهى رفض الدنيا وشهواتها من النساء وغيرهن واتخاذ الصوامع .

فهذه الآية تخبر عنهم أن الله جعل فى قلوب أتباع عيسى رأفة ورحمة وأنهم ابتدعوا رهبانية لم يفرضها الله عليهم ، ولكنهم فعلوها ابتغاء رضوان الله ، ثم لم يراعوا نذرهم هذا كما يجب على الناذر مراعاة نذره ، فبدل بعضهم وغير (٢) ، حتى طلبوا الرياسة بها على الناس فى آخر الأمر ، ليأكلوا أموالهم بالباطل كما أخبر الله عنهم (٣) .

فالذين ابتدعوها أول الأمر هم الصالحون منهم قصدوا بها رضوان الله والسير على منهاج عيسى ، وهؤلاء حمد الله لهم صنيعهم فآتاهم أجرهم "فآتينا الذين آمنوا منهم أجرهم"، والذين حرفوا ها هم المتأخرون ، فوصفهم الله بالفسق "وكثير منهم فاسقون" كما يقول القرطبي وغيره (٤) .

---

(١) الحديد — ٢٧

(٢) راجع تفسير القرطبي جـ ١٧ ص ٢٦٣ ، وتفسير ابن كثير جـ ٤ ص ٣١٥ ، والبحر المحيط لأبى حيان جـ ٨ ص ٢٢٨ ، يقول أبو حيان فى هذا الموضع : روى فى ابتداعهم الرهبانية أنهم افترقوا ثلاث فرق . ففرقة قاتلت الملوك على الدين فغلبت وقتلت ، وفرقة قعدت فى المدن يدعون إلى الدين ويبينونه ولم تقاتل ، فأخذها الملوك ينشرونهم بالمناشير فقتلوا ، وفرقة خرجت إلى الفيافى وبنت الصوامع والديارات ، وطلبت أن تسلم على أن تعتزل » اهـ . ومثله فى تفسير الألوسى « روح المعانى » جـ ٢٧ ص ١٦٦

(٣) فى قوله "يأيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله" التوبة — ٣٤

(٤) وقيل فى تفسيرها غير ذلك راجع روح المعانى جـ ٢٧ ص ١٦٦

ولم تكن حالتها فى الغرب بأحسن منها فى الشرق ان لم تكن أسوأ منها . فقد دخلته بسماحتها البالغة ، فوجدت أمما متناحرة على سبيل العيش ، ووثنية غالبة هناك ، فلم يجد فيها المتناحرون والوثنيون ما يصلح لحياتهم ، فحصروها فى المعابد والكنائس ، وتركوا تنظيم الحياة لقوانينهم ، والقوة من ورائها ، فجاءت العزلة بين الدولة والدين ، ولكن هذا الوضع لم يرض رجال الكنيسة ، وخافوا على نفوذهم ، فجعلوا لهم سلطاناً روحياً يعادل سلطان الملوك والأمراء إن لم يفقه .

وتنازعت البابوية والامبراطورية حيناً من الدهر كان النصر فيه أولا للبابوية ، فخضع الأباطرة للبابا خضوعاً تاماً كى يغفر لهم ، ثم اتفقت القوتان على تسخير الملايين الكادحين لكلا السلطتين ، وظهرت العجائب فى سلطة الكنيسة ، فمن صكوك غفران ، الى قرارات حرمان ، الى غير ذلك .

ومن هنا قيل : « ان الدين أداة لتسخير الملايين للمستبدين ورجال الدين »

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل تعداه الى معاداة رجال الدين لرجال العلم والاختراع ، وفرضوا على الناس معلومات فى العلوم دسوها فى كتبهم الدينية ، بل ألفوا كتباً فى الجغرافيا وسموها « الجغرافيا المسيحية » فنشأ العداء السافر بين العقل والعلم من جهة والدين من جهة أخرى .

وأداهم تعصبهم الى استعمال القوة ، فأنشأوا محاكم التفتيش لتحاكم الملحدين والزنادقة من رجال العلم والاختراع .

على أن هؤلاء لم يفتهم أن يبتدعوا رهبانية قاسية لما عجزوا عن تغيير سيرة الروم البهيمية . رهبانية تجاوزت الحد ، وفاقت كل وصف .

نقل لنا العلامة أبو الحسن الندوى أمثلة غريبة منها عن كتاب تاريخ أخلاق أوربا ، فمن راهب ينام ستة أشهر فى مستنقع ليقرض جسمه العارى ذباب سام ، الى آخر يحمل قنطارين من الحديد ، الى ثالث لا يكتسى ويتستر بشعره الطويل ، الى غير هؤلاء ممن أكلوا الحشائش وسكنوا المقابر والمغارات .

وحرموا غسل أجسادهم ، وفروا من ظل النساء ، وتأثموا بقربهن والاجتماع بهن ، بل كان بعضهم يعد مصادفتهن فى الطريق والتحدث اليهن ولو كن أمهات وأزواجاً أو شقيقات محبطا للعمل والجهود الروحية .

من أجل ذلك كله ثار الأحرار والمفكرون على تلك الأوضاع ، وعادوا الدين المسيحى ، بل عادوا مطلق الدين ، فكانت كلمة الدين فى نظرهم تمثل الجمود والرجعية ، ومعاداة العقل والعلم ، والرهبنة المحرمة لجميع متع الحياة [1] .

ومن هنا كتب المستشرقون والقانونيون الغربيون عن الدين الاسلامى كتابة لا تتفق وحقيقته ، كتابة فيها كثير من الأخطاء جاءتهم هذه الأخطاء . أولا : من ظنهم أنه كالدين المسيحى الذى شوهه رجال الكنيسة . وثانياً : من السدود التى أقامتها الحروب الصليبية بين الغرب المسيحى ، والشرق الاسلامى ، ودعاية الكهنة ورجال الكنيسة ضد الاسلام وصاحب رسالته عليه السلام . فى الوقت الذى قصر فيه المسلمون فى نشر الاسلام وتعاليمه الصحيحة فى بلاد الغرب ، فحكموا عليه بأنه أحكام خلقية فيه شدة وقسوة لا يصلح لسياسة المجتمع .

ولو أنصف هؤلاء وهؤلاء ونظروا الى الاسلام نظرة فاحصة ، ودرسوه دراسة صحيحة لما تعجلوا بهذا الحكم ، ولوجدوا فيه الدين الذى يحل أزمتهم « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم » .

ولقد منى الاسلام بطائفة ممن ينتسبون اليه بأسمائهم كانت أضر على الاسلام من هؤلاء الأجانب . طائفة تلقفت كل ما يكتبه المستشرقون عن الاسلام وقبلته على أنه العلم الصحيح المعبر عن الحقيقة التى ينشدها هؤلاء ويبحثون عنها باخلاص .

---

(١) رجعنا فى ذلك الى كتاب « ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين » للسيد أبى الحسن على الحسنى الندوى وكيل ندوة العلماء بالهند ، وكتاب « العدالة الاجتماعية فى الاسلام » لسيد قطب ، « والدين والمجتمع » للدكتور حسن سعفان ، ومقدمة « حياة محمد » للدكتور هيكل ، ومن كتب التفسير ، البحر المحيط لأبى حيان ، وروح المعانى للألوسى . وكتاب « الحركة العاقلة » للأستاذ محمد عطا و « عبقرية المسيح » للأستاذ عباس العقاد ص ١٠١ وما بعدها .

ويعجبنى هنا مقالة للدكتور هيكل حذر بها أولئك المقلدين فى مقدمة كتابه حياة محمد [1] جاء فيها :

"ان بعض المستشرقين مخلص فى بحثه على رغم خطئه ، لكن الخطأ يتسرب الى بحثه لعدم دقته فى إدراك أسرار اللغة العربية تارة ، ولما يشوب نفوس طائفة من هؤلاء العلماء من الحرص على هدم مقررات دين من الأديان ، أو على هدم مقررات الأديان جميعاً تارة أخرى ، وهذا وذاك إسراف كان يجمل بالعلماء أن يجتنبوه .

ولقد رأينا مسيحيين دفعهم هذا الاسراف الى انكار أن عيسى وجد على التاريخ [2] ، ورأينا آخرين تخطوا حدود الاسراف فكتبوا عن جنون عيسى ، وانما دعا الى هذه النزعة فى أوربا ما بين الدين والدولة من نزاع أدى برجال العلم وبرجال الدين كل من ناحيته الى الحرص على الغلب لاقتناص السلطان والحكم ، أما والاسلام برىء من هذا النزاع فليتق الباحثون من أبنائه سلطان هذه الشهوة التى يخضع لها رجال الغرب ، والتى تفسد على العلماء بحوثهم أكثر الأمر ، ويجب عليهم لذلك أن يأخذوا حذرهم حين يطلعون على ما يصدر عن الغرب من مباحث دينية ، وأن يمحصوا كل ما يصوره العلماء على أنه حق ، فالكثير منه يتأثر بمقدار غير قليل بهذا الماضى الذى جعل الخصومة متصلة بين رجال الدين ورجال العلم قروناً متوالية " .

---

(١) ص ٢٨ من الطبعة الثانية .

(٢) يقول العقاد فى كتابه « عبقرية المسيح » ص ٧٨ وما بعدها : ان القرن الثامن عشر أخرج للناس مدرسة الشك المطلق فى مقررات العلم القديم ووقائع التاريخ المتواتر ، فشك الكتاب فى وجود الأنبياء والمرسلين ، وكاد الشك يتناول كل نبى وكل صاحب دين غير محمد عليه السلام ، قال : وكان نابليون يسأل العالم الألمانى «ويلاند» هل يعتقد أن المسيح شخص تاريخى وجد كما وصفوه . واستمرت هذه النزعة فى القرن التاسع عشر .

وفى موضع آخر [1] يقول

" ليس من اليسير أن يقوم المستشرقون فى بحوثهم الاسلامية بكل هذه الدقة وهذا الانصاف مهما تحسن نيتهم ، ومهما تحروا الدقة العلمية ، فعسير عليهم أن يحيطوا بكل أسرار اللغة العربية وان أحاطوا بعلومها ، ثم أنهم متأثرون بالنصرانية الأوربية تأثراً يجعل أكثرهم ينظرون الى الأديان نظرة تملؤها الريبة ، ويجعل الأقلين المستمسكين بمسيحيتهم يتأثرون بما كان بين المسيحية والعلم من نضال ، فيخضعون فى بحوثهم الاسلامية لمثل ما خضع له أمثالهم فى بحوثهم المسيحية أو فى بحوثهم الدينية بوجه عام " .

اذا تمهد هذا وعرفنا أن الدين المسيحى لم يكن الا مجموعة وصايا أخلاقية جاءت للتهذيب لا للتنظيم ، وعرفنا أنه تأثر بمؤثرات عديدة ، واختلطت به تعاليم غريبة شوهت جماله الأول ، فمن رهبنة محرمة لمتع الحياة الى تعاليم كنسية فيها خفاء وأسرار ، الى اختراع وساطة بين الناس وخالقهم الى نزاع بين رجال الدين ورجال العلم ، الى استعمال العنف والقسوة مع الأحرار والمفكرين ، الى الفصل بين الدين والدولة .

" اذا عرفنا ذلك وعرفنا معه أنه وجدت فى هذا الدين ملل مختلفة ، ومذاهب متعددة . تمذهب بكل واحد منها جماعة من الناس عملوا على نصرته بشتى الوسائل ، كما وجدت معه ديانات أخرى لها أنصارها ومعتنقوها ، وبجانب هولاء وهؤلاء قوم لا دينيون تركوا الأديان كلها ، بل عملوا على هدمها .

اذا عرفنا ذلك كله أمكننا أن ندرك سر الاختلاف المتشعب فى تعريف الدين عند الغربيين ، وعدم وجود تعريف صحيح — الى الآن — يكشف حقيقته ، كما يقول الأستاذ سليمان مظهر " [2] :

---

(١) ص ٦٠

(٢) كتاب الشعب . أساطير من الغرب ص ٤

" والحقيقة أن الذهن البشرى لم يستطع حتى اليوم أن يقدم تعريفاً نهائياً لكلمة الدين " .

بل ان محاولة ذلك من أشق الأمور ، كما يقول الدكتور حسن سعفان فى كتاب الدين والمجتمع [1] .

ومرد ذلك الى أن التعريف يختلف باختلاف المعرفين ، فكل معرف ينزع فى تعريفه منزعاً يخالف غيره ، لأنه اذا كان ممن يدين بدين معين عمد الى تعريف الدين الذى يؤمن به ، ثم يحمله جهله بمقررات الأديان الأخرى على أن يجعل تعريفه تعريفاً عاماً لكل الأديان ، أو لمطلق الدين مع أنه قد يقتصر فى تعريفه على بعض الخصائص دون باقيها .

واذا كان ممن لا دين له عمد الى عناصر مشوهة يضمها الى بعضها ويجعل منها تعريفاً للدين لينفر الناس من الأديان .

ومن هنا جاءت تعريفاتهم متنوعة الى نوعين . نوع حذف منه مبدأ الألوهية ، وآخر جعله قوامها . كما أن منهم من عرفه على أنه حالة نفسية صارفاً النظر عن المظاهر الخارجية للدين من طقوس يقوم بها المتدين ، ومن نظام اجتماعى دينى منسق يسيطر على الجماعة ، وهو تعريف له بمعنى التدين .

ومنهم من يعرفه على أنه حقيقة خارجة ، فينظر اليه على أنه ظواهر ونظم اجتماعية قائمة . وهو تعريف له بمعنى ما يتدين به .

---

(1) ص٢٠ — وشىء آخر وراء هذا هو عدم وجود تعاليم دينية بمعناها الصحيح مستقلة عندهم ، فالدين مختلط بتعاليم الكنيسة التى أخذ معظمها من القوانين والعادات الموجودة بعد أن أدخل عليها بعض التعديلات لتخرج للناس بثوب دينى براق .

ومن هنا قرر الكاتبون فى أصول القانون أن القانون الكنسى ليس قانوناً دينياً بالمعنى الصحيح فلم تؤخذ قواعده من كتاب مقدس، بل اقتبست من القانون الرومانى، ومبادىء القانون الطبيعى والعادات والتقاليد المختلفة الا أنه تأثر فى جملته بنزعة دينية ظاهرة ، لأن رجال الكنيسة كانوا هم واضعوه . الدكتور محمود جمال الدين زكى فى كتاب «نظرية القاعدة القانونية» ص١١٣ ؛ الدكتور حسن كيره . «أصول القانون» ص٢٥٩

فمن الأول (١) ما قيل فى تعريفه: إنه « الشعور الذى يحدث لدينا عندما نتخيل أننا وسط بحر من الغموض والأسرار » ، أو « هو الشعور بأننا نعتمد على موجود يفوقنا » ، أو « شعورنا بالحاجة والتبعية المطلقة » أو « أنه عملية استرضاء أو استعطاف لقوى أعلى من الانسان » ، أو « الايمان بكائنات روحية » .

ومن الثانى تعريفه بأنه « مجموعة من العقائد والطقوس المتعلقة بأشياء مقدسة » .

وتعريفه بأنه « مجموعة التورعات التى تقف حاجزاً أمام الحرية المطلقة لتصرفاتنا » .

أو أنه « مجموعة واجبات المخلوق نحو الخالق ، وواجباته نحو الجماعة وواجباته نحو نفسه » .

أو هو « جملة العقائد والوصايا التى يجب أن توجهنا فى سلوكنا مع الله ومع الناس وفى حق أنفسنا » .

وأخيراً يعرفه بعضهم بأنه « الجانب المثالى فى الحياة الانسانية » .

واذا ما تركنا الغربيين وتعريفاتهم ، وانتقلنا الى لغة العرب لنبحث عن معنى كلمة الدين وجدنا كتب المعاجم وكتب التفسير (٢) تطلقها على عدة معان ، فأطلقتها على ما يتدين به الشخص من الاسلام وغيره ، وعلى الطاعة والانقياد ، والعادة والشأن ، والجزاء والمكافأة ، والحساب والسلطان ، والأعمال النافعة وغير ذلك .

---

(١) راجع كتاب الدين للمرحوم الدكتور محمد عبد الله دراز ص ٢٦ وما بعدها ، وكتاب « الدين والمجتمع » للدكتور حسن سعفان ص ٢٢ ، وكتاب الشعب « أساطير من الغرب » ص ٤

(٢) أساس البلاغة للزمخشرى ، والقاموس المحيط للفيروزبادى ، والصحاح للجوهرى ، ومختار الصحاح للرازى ، وغريب القرآن للسجستانى ، وتفسير القرطبى ج ٤ ص ٤٣ ، وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٥٤ ، ج ٢ ص ٣٤٩ وغيرها من الكتب .

وقد وردت فى القرآن لعدة معان فى أكثر من تسعين آية « ان الدين عند الله الاسلام » [1]، « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » [2] « والذى أطمع أن يغفر لى خطيئتى يوم الدين » [3]، « فأقم وجهك للدين القيم » [4]، « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك » [5] « لكم دينكم ولى دين » [6] .

والكلمة فى أصل وضعها تدل على معنى عام . هو علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع له ، ولاختلاف مأخذها تفرع من هذا المعنى معان ثلاثة .

لأنها اما مأخوذة من فعل متعد بنفسه « دانه يدينه » ، أو من فعل متعد باللام « دان له » ، أو من فعل متعد بالباء « دان به » ، فعلى الأول تدل على القهر والملك ، وعلى الثانى تدل على الخضوع والطاعة ، وعلى الثالث تدل على ما يدين به الشخص من مذهب أو عقيدة أو عادة وخلق [7] .

وهذه المعانى الثلاثة متلازمة تدل فى مجموعها على أن الدين . علاقة بين طرفين تكون فى أحدهما خضوعاً وانقياداً ، وفى جانب الآخر أمراً وسلطاناً ، والرباط الذى يربط الطرفين هو ما يدان به .

لكن هذا المعنى اللغوى أعم من المعنى الاصطلاحى الذى يريده علماء الشريعة ، لأنه يشمل كل خضوع وانقياد ، كما يصدق على كل ما يدان به من خلق وعادة ومذهب .

---

(1) آل عمران — ١٩
(2) الحج — ٧٨
(3) الشعراء — ٨٢
(4) الروم — ٤٣
(5) الشورى — ١٣
(6) الكافرون — ٦
(7) الدكتور دراز فى كتاب الدين .

أما الشرعيون فيريدون به خضوعاً خاصاً ، وهو خضوع العبد لربه الذى خلقه ، فيكون الدين عندهم بمعنى التدين . هو الايمان بذات الهية جديرة بالطاعة والعبادة ، وبمعنى ما يدان به . هو جملة النصوص التى تحدد صفات تلك القوة الالهية ، والقواعد العملية التى ترسم طريق عبادتها .

ومن هنا اشتهر عندهم تعريف الدين . بأنه «وضع الهى سائق لذوى العقول السليمة باختيارهم الى ما فيه الصلاح فى الحال والفلاح فى المآل» . يريدون بذلك . أنه تشريع الهى يرشد أصحاب العقول السليمة الى مافيه خيرهم وصلاحهم فى الدنيا والآخرة من غير اجبار لهم على ذلك ، بل يندفعون الى العمل به بمحض اختيارهم .

واستناد الفقه الاسلامى فى أصله الى الوحى الالهى جعل له صبغة دينية سواء أكان ذلك الاستناد بطريق مباشر . كالأحكام التى نزلت بها نصوص خاصة أم بواسطة الاجتهاد كالأحكام التى استنبطها الفقهاء والمجتهدون استناداً الى قياس على ما ثبت بالنص أو تخريجاً على قاعدة أو مبدأ عام .

هذه الصبغة الدينية التى ترد أحكام الفقه الاسلامى الى وحى السماء (١) وتجعله أحكاماً الهية يجب على المكلفين امتثالها والعمل بها سواء أدركوا حكمها أو لم يدركوها ما أثرها فيه ؟

يذهب نفاة الواقعية عن هذا الفقه الى أن أثرها يظهر فى عزله عن الحياة وما فيها ، فهو غير صالح عند هؤلاء لسياسة المجتمع ، لأنه أحكام دينية لا صلة لها بواقع الناس .

ومرد ذلك الى ما علق فى أذهانهم من صورة قاتمة للدين ، تختلف كل الاختلاف عن حقيقة الاسلام ، فهذا يتخيله تعاليم كنسية كالتى عرفوها

---

(١) لأن الله وضع أسسها ومبادئها فيما أنزله على رسوله ، حتى صرح القرآن بأن الحكم لله وحده «ان الحكم الا لله» يوسف — ٤٠ ، وهذه الأحكام تدخل فى مسمى الدين من حيث ان العامل بها يدين الله تعالى بعمله ويخضع له ويتوجه اليه مبتغياً مرضاته وثوابه باذنه .

وذاك يتصوره على أنه أحكام جاءت بها النصوص لا دخل فيها لعقل ولا تفكير فيها شدة وعسر ، تمنع الناس من التمتع بما فى الحياة من متاع ، وتأمرهم بالانقطاع عن الدنيا والزهد فيها ، وتغريهم الى الاستسلام لما يأتى به القدر دون أن يكون لهم حرية ولا تفكير ، فالعقل عند هؤلاء ممنوع من البحث فيه لعجزه عن ادراك حقيقة بعض ما جاء به من أحكام .

وهذا التصوير غير صحيح فى جانب الدين الاسلامى ، لأنه لا يتفق مع حقيقته . حيث يقوم من أساسه على حرية التفكير ، وفك قيود العقل ، واباحة الطيبات واليسر وعدم الحرج ، والدعوة الى العمل والحض عليه .

وكيف يكون كما وصفوه ؟ وهو دين الفطرة التى فطر الله خلقه عليها " فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التى فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون " (١) .

ثم انه مع ذلك وقبل ذلك دين الأنبياء والرسل السابقين " شرع لكم من الدين ماوصى به نوحاً والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم اليه الله يجتبي اليه من يشاء ويهدى اليه من ينيب " (٢).

ومن أجل ذلك أمر القرآن أتباع محمد عليه السلام بالايمان بما جاء به الرسل من قبل " قولوا آمنا بالله وما أنزل الينا وماأنزل الى ابراهيم واسماعيل واسحق ويعقوب والأسباط وما أوتى موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون " (٣) .

---

(١) الروم — ٣١

(٢) الشورى — ١٣

(٣) البقرة — ١٣٦

وكيف نصدق ما يقال عنه من أنه عدو للعقل ، وهو الذى عنى به عناية تامة (١) ، ففك عقاله وحطم سلاسله ، وأيقظ فيه حاسة التفكير ثم فتح الطريق أمامه للبحث .

فالقرآن — وهو أساس الدين — يخاطب فى كثير من آياته العقول ، ويحثهم على النظر والتأمل فى هذا الكون الماثل أمامهم ، فاستمع اليه وهو يقول :

« قل انظروا ماذا فى السموات والأرض » (٢)، « وان لكم فى الأنعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغا للشاربين ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقا حسنا ان فى ذلك لآية لقوم يتفكرون »(٣)، « قل سيروا فى الأرض فانظروا كيف بدأ الخلق » (٤)، « وفى الأرض آيات للموقنين وفى أنفسكم أفلا تبصرون » (٥) « وفى الأرض قطع متجاورات وجنات من أعناب وزرع ونخيل صنوان وغير صنوان يسقى بماء واحد ونفضل بعضها على بعض فى الأكل ان فى ذلك لآيات لقوم يعقلون » (٦) « ان فى السموات و الأرض لآيات للمؤمنين وفى خلقكم وما يبث من دابة آيات لقوم يوقنون واختلاف الليل والنهار وما أنزل الله لكم من السماء من رزق فأحيا به الأرض بعد موتها وتصريف الرياح آيات لقوم يعقلون » (٧) .

---

(١) حتى أخبر الرسول الذى لا ينطق عن الهوى بأن العقل أفضل شيء خلقه الله . فيما يرويه عن ربه فى الحديث القدسى « أول ما خلق الله العقل فقال له : أقبل فأقبل ، ثم قال : أدبر فأدبر ، ثم قال الله عزوجل : وعزتى وجلالى ماخلقت خلقاً أكرم على منك ، بك آخذ وبك أعطى ، وبك أثيب وبك أعاقب » .

فكيف يجعله موضع المؤاخذة والاعطاء والثواب والعقاب ثم يهدره ويلغيه فى آخر شرائعه الى يوم الدين !

(٢) يونس — ١٠١

(٣) النحل — ٦٦ ، ٦٧

(٤) العنكبوت — ٢٠

(٥) الذاريات — ٢٠ ، ٢١

(٦) الرعد — ٤

(٧) الجاثية من ٣ — ٥

« ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم ان فى ذلك لآيات للعالمين . ومن آياته منامكم بالليل والنهار وابتغاؤكم من فضله ان فى ذلك لآيات لقوم يسمعون . ومن آياته يريكم البرق خوفاً وطمعاً وينزل من السماء ماء فيحى به الأرض بعد موتها إن ذلك لآيات لقوم يعقلون (١) .

وفى آيات أخرى يخاطبهم بأسلوب آخر« ألم يروا الى الطير مسخرات فى جو السماء ما يمسكهن الا الله » (٢)، « أو لم يتفكروا فى أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما الا بالحق وأجل مسمى » (٣) .

« أو لم ينظروا فى ملكوت السموات والأرض وما خلق الله من شىء » (٤) « أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت والى السماء كيف رفعت والى الجبال كيف نصبت والى الأرض كيف سطحت » (٥) .

وفى نوع ثالث من الآيات ينعى عليهم تقليدهم للآباء واهدار عقولهم .

« واذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما وجدنا عليه آباءنا أو لو كان الشيطان يدعوهم الى عذاب السعير » (٦)، « واذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون » (٧) .

وبعد أن بين لهم القرآن الحق أطلق لهم حرية الفكر فيما يختارون فقال سبحانه : « قل ياأيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فانما يهتدى لنفسه ومن ضل فانما يضل عليها وما أنا عليكم بوكيل » (٨) .

---

(١) الروم من ٢٢ — ٢٤
(٢) النحل — ٧٩
(٣) الروم — ٨
(٤) الأعراف — ١٨٥
(٥) الغاشية من ١٧ — ٢٠
(٦) لقمان — ٢١
(٧) البقرة — ١٧٠
(٨) يونس — ١٠٨

كل ذلك ليقطع عليهم الحجة ، وتظهر الحكمة واضحة فى قوله تعالى "ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حى عن بينة وان الله لسميع عليم " (١) وقوله "وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر " (٢) وقوله "لا اكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى » (٣)، وقوله " أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين " (٤) .

فأين مع هذا كله الحجر على العقول ومنعها من البحث فى الدين وتسجيل العجز عليها فى الوقوف على حقيقته، ثم انه بعد أن رد للعقل اعتباره ووضعه فى المركز اللائق به ، وحضه على التفكر فى هذا الكون ليقف على بعض أسراره التى أودعها الله فيه ، فتح أمامه طريقاً آخر للبحث لا يقل شأناً عن سابقه . طريق البحث فى أحكام التشريع ، فقد جاء بها — فى الأغلب — على هيئة قواعد كلية ومبادىء عامة حتى لا يقيد الأجيال المقبلة بتفصيلات قد لا تتفق ومصالحهم ، بل ترك للعقول السليمة الحرية فى اختيار ما يصلح لهم بطريق الاجتهاد المباح ما دام فى اطار تعاليمه الكلية .

وعلى هذا الأساس اجتهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نزول الوحى عليه ، وعلم أصحابه الاجتهاد ، ورسم لهم طريقه ، بل ودربهم عليه فاجتهدوا أمامه ، كل ذلك ليعدهم للخلافة التى تنتظرهم بعد وفاته .

وعلى هدى رسول الله اجتهد أصحابه من بعده ، ولاءموا بين شريعة الله ودينه وبين حاجات الناس ، وعلى سنتهم الحميدة سار من جاء بعدهم من التابعين وتابعيهم ، والأئمة من وراء هؤلاء . لم يحدثنا التاريخ عن شكوى للناس من هذه الشريعة ، ولم يطعنها أحد بجمود ولا بغيره عبر سنى الاجتهاد الطويلة .

---

(١) الأنفال — ٤٢
(٢) الكهف — ٢٨
(٣) البقرة — ٢٥٦
(٤) يونس — ٩٩

وأما دعوى شدته وعسر أحكامه فيكفينا فى ردها الآن التذكير ببعض النصوص الصريحة التى تهدم هذه الدعوى من أساسها .

اقرأ – ان شئت – قوله تعالى "وما جعل عليكم فى الدين من حرج" (١) وقوله "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" (٢)، "لا يكلف الله نفساً الا وسعها" (٣) .

فهذه الآيات تدل فى صراحة على نفى العسر والشدة عن شرع الله ، بل ان قوله تعالى فى وصف الرسول "ويضع عنهم اصرهم والأغلال التى كانت عليهم" (٤) ينادى بأن هذا التشريع أخف وأيسر مما سبقه من التشريعات ليتحقق كونه رحمة كما أخبر الله فى آية أخرى "وما أرسلناك الا رحمة للعالمين" (٥) .

ويؤكد ذلك أن رسول الله الذى وكل اليه البيان كان ينادى دائماً بالتيسير ، ففى وصاياه «يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا »، ومما أثر من دعائه أنه كان يقول : « اللهم من شق على أمتى فأشقق اللهم عليه » ، وأخيراً يقول « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

وأما صده عن الدنيا وتحريم طيباتها فدعوى غريبة عن الاسلام الذى أباح الطيبات وأنكر على من حرمها أشد الانكار ، والآيات والأحاديث فى ذلك كثيرة . فالله يقول "فكلوا مما رزقكم الله حلالا طيباً واشكروا نعمة الله ان كنتم اياه تعبدون" (٦)، « يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا

---

(١) الحج – ٧٨
(٢) البقرة – ١٨٥
(٣) البقرة – ٢٨٦
(٤) الاعراف – ١٥٧
(٥) الأنبياء – ١٠٧
(٦) النحل – ١١٤

واشربوا ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين . قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة» (١)، «ياأيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ، وكلوا مما رزقكم الله حلالا طيباً واتقوا الله الذى أنتم به مؤمنون» (٢) ، «قل لا أجد فيما أوحى الىّ محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أودما مسفوحاً أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به» (٣) .

وأخيراً يقول: «ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث» (٤) .

فهو لم يمنع بنى آدم الا مما هو خبيث لتتم لهم الكرامة التى كتبها لهم وفضلهم بها على غيرهم من المخلوقات، «ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا» (٥)

وأباح لهم الطيبات وأمرهم بتناولها والتمتع بها فى قصد من غير اسراف .

لذلك أخبر الرسول أن الامتناع عما أباحه الله وتحريمه خروج عن سنته وأنه ليس من الدين فى شىء . فيما روى فى الصحيحين. جاء أناس من الصحابة الى زوجات النبى صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته فيما بينه وبين الله التى غفر له بها ما تقدم من ذنبه وما تأخر : فلما وقفوا عليها ، قال أحدهم: «انى لا آكل اللحم أبدا»، وقال آخر «وأنا لا أتزوج النساء»، وقال ثالث: «وأنا لا أنام على فراش»، فبلغ أمرهم الى النبى صلى الله عليه وسلم فخرج

(١) الأعراف – ٣١ ، ٣٢
(٢) المائدة – ٨٧ ، ٨٨
(٣) الأنعام – ١٤٥
(٤) الأعراف – ١٥٧
(٥) الأسراء – ٧٠

اليهم غاضباً وقال : « ما بال أقوام يقول أحدهم كذا وكذا ، وانى لأخشاكم لله وأتقاكم، ولكنى أصوم وأفطر، وأقوم وأنام، وآكل اللحم وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

وأما دعوته الى الكسل والاستسلام لما يأتى به القدر فبعيدة عن واقعه . انظر الى كتاب الله وهو يحض على العمل بأكمل ما تدل عليه هذه الكلمة من معان، « وقل أعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون » (١)

"فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره" (٢)
" فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله " (٣)
"هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور" (٤)، " ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم أفلا يشكرون" (٥)
"يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحاً" (٦)

وان الله الذى خلق لنا الأرض وما عليها وما فى جوفها وجعلنا خلفاء فيها لا يعقل أن يتركنا من غير تكليف بالعمل لعمارتها واستخراج ما فيها لتصلح للحياة ، أو يرضى منا الكسل والاستسلام لما يجىء به القدر . كيف وقد أمر الأنبياء السابقين وأقوامهم به "ولقد آتينا داود منا فضلا يا جبال أوبى معه والطير وألنا له الحديد أن اعمل سابغات وقدر فى السرد واعملوا صالحاً انى بما تعملون بصير » (٧) «أعملوا آل داود شكراً وقليل من عبادى الشكور" (٨) .

---

(١) التوبة — ١٠٥
(٢) الزلزلة — ٧ ، ٨
(٣) الجمعة — ١٠
(٤) الملك — ١٥.
(٥) يس — ٣٥
(٦) المؤمنون — ٥١
(٧) ، (٨) سبأ — ١٠ ، ١١ ، ١٣ . سابغات — دروع واسعات ، قدر فى السرد — أحكم نسج الدروع بحيث تدخل الحلق بعضها فى بعض من التقدير وهو هنا التفكير فى تسوية الأمر وتهيئته ، والسرد — نسج الدروع . فتكون الآية دعوة الى العمل واحكامه واتقانه .

وكيف يتصور ذلك مع أنه سبحانه أمرنا بالانفاق مما كسبنا " يأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ماكسبتم " (١)، وهل يأتى كسب من غير عمل ؟

واذا كانت الآيات الكثيرة التى لا تحصى فى كتاب الله جاءت آمرة بالعمل الصالح، ووعدت العاملين جزاء حسناً فى الآخرة ، فهل يقال معها ان هذا دين كسل لا عمل ؟

ولا يفلح فى رد هذا الاستدلال ما قيل : ان المراد بالأعمال الصالحة ما يتعلق بالعبادة من صلاة وصيام وحج وزكاة وانفاق فى سبيل الله وغير ذلك مما يكمل به الايمان . لأن السعى لكسب القوت عبادة يثاب عليها متى قصد به امتثال أمر الله، والانفاق على الأبناء عبادة ، واعداد العدة لدفع العدوان عن الوطن عبادة ، والعمل على توفير أسباب الحياة لمن ولى أمرهم عبادة ، وهكذا يمكن ادخال كل أعمال المعاش فى العمل الصالح الذى أمر به القرآن فى مواضع كثيرة، ولقد روى أن أصحاب رسول الله رأوا شخصاً نحيلا فأثنوا عليه، وقالوا: انه يصلى كذا ركعة ويصوم النهار ويقوم الليل . فقال الرسول: ومن يطعمه؛ قالوا أخوه فقال: « أخوه أعبد منه » .

وروى الترمذى عنه عليه السلام أنه قال: « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وأن نبى الله داود كان يأكل من عمل يده » خص داود بالذكر لأنه كان ملكاً نبياً ، ومع هذا الملك والسلطان كان يأكل من عمل يده ، فكان يصنع الدروع من الحديد كما أخبر القرآن عنه .

كما كان يرشد الى العمل، ويرسم الطريق لمن انحرف عن الجادة وطلب العيش من غير طريقة .

روى أنس قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأله شيئاً ، فقال له رسول الله : أما فى بيتك شىء ؟ قال : بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء ، فقال : ائتنى بهما فأتاه

---

(١) البقرة — ٢٦٧

بهما فأخذهما رسول الله بيده فقال : من يشترى هذين ؟ ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال رسول الله : من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا ، فقال رجل : بدرهمين فأعطاهما اياه ، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصارى ، وقال اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه الى أهلك ، واشتر بالآخر قدوماً فأتنى به ، فأتاه به فشد فيه رسول الله عوداً بيده ثم قال : اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ففعل ، ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً ، وببعضها طعاماً ، فقال رسول الله : هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة فى وجهك يوم القيامة » [1] .

فهذا الحديث وضع مبدأ محاربة التسول ، ولكن بطريقة عملية ايجابية مجدية لا بطريقة سلبية ، كما كان متبعاً فى كثير من الدول الى عهد قريب بأن يطارد المتسولون فى الشوارع ويقبض عليهم ، ثم يعاقبون بالسجن أو الوضع فى الملاجيء ، وما فكروا فيه قريباً من جمع هؤلاء والعمل على تأهيلهم مهنياً ليستغنوا عن التسول قد فعله نبى الاسلام من قرابة أربعة عشر قرناً من الزمان خلت ؟

ويقول عمر بن الخطاب : « ليس خيركم من عمل للآخرة وترك الدنيا أو عمل للدنيا وترك الآخرة ، ولكن خيركم من أخذ من هذه ومن هذه »

وكان رضى الله عنه فى خلافته يدفع أنصبة من الزكاة للقادرين على العمل ويحثهم على أن يبتاعوا غنما بنصيبهم ليبدأوا ثروة ينمونها ، أو يجعلونها رأس مال فى صناعة أو زراعة .

وهذا عبد الله بن المبارك وهو من علماء الاسلام الأوائل الذين اشتهروا بالزهد والتصوف يقول : « ليست العبادة عندنا أن تصف قدميك وغيرك يعولك ، وانما العبادة عندنا أن تبدأ برغيفك أولا ثم تتعبد » .

---

(١) كشف الغمة جـ ١ ص ١٩٠ ، ورواه صاحب المنتقى مختصراً . راجع جـ ٥ ص ١٤٣ مع نيل الأوطار . الحلس . هو البساط . أو كساء رقيق يكون تحت بردعة البعير . والقعب هو اناء يشرب فيه الماء .

فماذا يراد من الاسلام فى الحض على العمل ، وترك الاستسلام وراء هذا كله ؟

أما ما ورد من التزهيد فى الدنيا ومتاعها والتقليل من شأنها فالغرض منه — بعد ذلك — الحض على التوسط فى طلبها وعدم صرف كل الجهد اليها ، وعدم التنافس فيها والحرص عليها ، لأنه قد يفضى الى طرق أبواب غير مشروعة للحصول عليها ، مع أن الآجال محدودة لا تحتاج الى كل ذلك المال ، قيل لعمر بن الخطاب يوماً : ان فلاناً جمع مالا ، فقال عمر : فهل جمع له أياماً ؟؟

والاسلام كما حارب الفقر وعمل على علاجه بوسائل كثيرة حارب الترف بين الأغنياء ، فأمرهم بالتوسط فى التمتع وزهدهم فى الدنيا ومتاعها ليقرب المسافة بين الفقراء والأغنياء ، فيصلح المجتمع باقتلاع جذور الفساد من الحقد والحسد والكراهية .

« سر عجز العقول عن ادراك حقيقة بعض أحكامه »

بقى أن نقول لهؤلاء : ان عجز العقول عن ادراك حقيقة بعض أحكام هذا الدين لا يضيره فى شىء ، فضلا عن أن يجعله غير صالح لسياسة المجتمع ، لأن التشريع الاسلامى تشريع الهى من وضع خالق الانسان ، وهو أعلم بمصالحه الحقيقية من نفسه ، وبما يلائمه فى كل طور من أطوار حياته ، والعقل البشرى مهما سما فلن يبلغ شيئاً بجانب علم الله الشامل ، كما صرح القرآن فى غير آية "انى أعلم ما لا تعلمون" (١) ، "ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربى وما أوتيتم من العلم الا قليلا" (٢) "هو الذى أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات فأما الذين فى قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء

---

(١) البقرة — ٣٠

(٢) الاسراء — ٨٥

تأويله وما يعلم تأويله الا الله والراسخون فى العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر الا أولوا الألباب" [١] ، ومن ثم كان علم الله فوق علم الناس "وفوق كل ذى علم عليم" [٢] .

ومع ذلك فهو تشريع عام شامل تكفل بتحقيق مصالحنا فى طورى الحياة . حياتنا الدنيا ، وحياة الخلود فى الآخرة ، وليس قاصراً على تحقيق مصالحنا فى حياتنا هذه ، فاذا جاء فى تشريعاته مالا تظهر له ثمرة فى حياتنا الأولى لعجز العقل عن ادراكها لا يعد ذلك عيباً فيه لارتباطه بحياتنا المستقبلة التى لا يعلم حقيقتها الا الله صاحب التشريع .

على أن العقول بطبيعتها متفاوتة ، فرب شىء لا يفهمه عقل لقصوره يدركه عقل آخر ، فلا يليق بشخص أن يجعل من بعض التعاليم الاسلامية التى لا يصل عقله الى حقيقتها دليلا على أن هذا التشريع يضاد العقول ، ويتعجل بالحكم عليه : بأنه لا يساير الحياة ولا يلتئم معها .

وفى القرآن الكريم أمثلة ظاهرة على تفاوت العقول ، ومن أبرزها قصة موسى مع الخضر عليهما السلام ، فان الله بين لنا فيها أنه وهب الخضر من لدنه علماً ، وأنار له عقله ، وكشف عنه بعض الحجب حتى أدرك ما لم يدركه موسى . الأمر الذى جعله يعترض على فعل الخضر مرة بعد أخرى ولعل فى تكرار اعتراض موسى على صاحبه بعد أن أخذ عليه العهد بألا يسأله عن شىء حتى يحدث له منه ذكراً اشارة الى أن من طبيعة الانسان الاعتراض على مالا يفهمه ، بل وانكاره المرة بعد المرة .

فتبين بذلك أن الصفة الدينية الموجودة فى الفقه الاسلامى لا أثر لها فى منع العقول من البحث والنظر فيه ، ولا فى الدعوة الى الكسل والاستسلام لأن النصوص أوجبت النظر والبحث ، ودعت الى العمل ورغبت فيه ،

---

(١) آل عمران — ٧

(٢) يوسف — ٧٦

كما أنه لا أثر لها فى وجود أحكام سرية غير مكتوبة لا يعلمها الا بعض الخاصة الذين يميزون بشعار خاص ، لأن أحكامه كلها مقررة مكتوبة معلنة لا سرية فيها .

وليس من آثارها كذلك وجود سلطة دينية يتزعمها طائفة من الناس تكون لهم الوساطة بين الله وبين خلقه يهبون لمن أطاعهم الغفران ، ويقررون لمن خالفهم الحرمان .

نقول ليس فيه ذلك ، لأن الرسول ذاته لم ينصب نفسه واسطة بين الناس وخالقهم ، ولم يضع فى يده غفراناً لمذنب ، ولا مصير أحد عند ربه ، وكيف يفعل ذلك بعد أن حدد الله وظيفته " ان عليك الا البلاغ " (١) " انما أنت منذر ولكل قوم هاد" (٢) ، " ليس عليك هداهم ولكن الله يهدى من يشاء" (٣) ، " فذكر انما أنت مذكر لست عليهم بمصيطر " (٤) "وما جعلناك عليهم حفيظاً وما أنت عليهم بوكيل" (٥) ، « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » (٦) .

ولو كان يملك شيئاً من ذلك لوهبه لأقرب الناس وأحبهم اليه ، وقد ثبت عنه أنه قال يوماً لفاطمة : « يافاطمة بنت محمد لا أغنى عنك من الله شيئاً » وقال لعمته : « ياصفية بنت عبد المطلب لا أغنى عنك من الله شيئاً » فالو ساطه بين الخلق والخالق لا محل لها فى الاسلام ، فكل واحد من المسلمين فى أى بقعة من بقاع الأرض يستطيع أن يتصل بربه من غير وساطة أحد من الناس ، "واذا سألك عبادى عنى فانى قريب أجيب دعوة الداع اذا دعان" (٧) " وقال ربكم ادعونى أستجب لكم " (٨) .

---

(١) الشورى — ٤٨
(٢) الرعد — ٧
(٣) البقرة — ٢٧٢
(٤) الغاشية — ٢١ ، ٢٢
(٥) الأنعام — ١٠٧
(٦) النحل — ٤٤
(٧) البقرة — ١٨٦
(٨) غافر — ٦٠

وهنا يثور التساؤل الآتى . اذا لم يكن للصفة الدينية أثر فى ذلك كله . فما أثرها اذاً ؟

وللجواب عن هذا التساؤل نقول : ان الفقه الاسلامى تشريع الهى ارتبطت أحكامه بالعقيدة ، ارتبطت بالايمان بالله ، فأوامره ونواهيه تأتى مزيلة بتعليقها بالايمان " يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين "(١) ، " ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر" (٢) ، "يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبدا ان كنتم مؤمنين "(٣) .

كما ارتبطت فى جملتها بالثواب والعقاب الذى أعده المشرع سبحانه فى الآخرة دار الجزاء .

" تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالدا فيها وله عذاب مهين "(٤) .

" يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما . ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيرا . ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلا كريما "(٥) .

فاذا آمن الانسان بذات الهية علوية قادرة قاهرة مطلعة على سرائره وخفاياه تحاسبه على كل ما يصدر منه وتجازيه عليه فى الآخرة وجد عنده الضمان لاحترام قانونه الذى أنزله ، فتنزل النفس على أحكامه طيعة مختارة بل قريرة العين راضية به .

(١) البقرة — ٢٧٨
(٢) ، (٣) النور — ٢ ، ١٧
(٤) النساء — ١٣ ، ١٤
(٥) النساء — ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

فقوة التدين توجب على المؤمنين احترام جميع الأحكام الفقهية [١] ، وهذا الاحترام يبعثهم على أداء الحقوق التى توجبها ، ولو كانوا بعيدين عن متناول القضاء باعتبار أن أصلها من عند الله المطلع على سرائرهم .

فالصفة الدينية تجعل المؤمن قاضياً على نفسه ، وتمنعه من استباحة حقوق الآخرين عند ما تفقد وسائل الاثبات ، أو يكون بعيداً عن عين القضاء .

يشير لذلك قول رسول الله للرجلين الذين اختصما اليه فى مواريث بينهما ، وليس لهما بينة على دعواهما : « انكم تختصمون الى وانما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار يأتى بها إسطاما فى عنقه يوم القيامة » ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقى لأخي ، فقال لهما الرسول : «أما اذاً فقوما فاقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه» [٢] .

ومن هنا يقول الرسول فى حديث آخر « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن » .

فالصفة الدينية تعتبر — بحق — مزية من مزايا الفقه الاسلامى لا عيباً يعاب به .

قد يقال : ان فى نشر العلوم والثقافات غناء للانسان عن التدين ، لأن ذلك يربى فيه ضميراً حياً رقيباً عليه فى أعماله يساعده على تقبل القوانين واحترامها .

---

(١) ولو كانت هذه الأحكام اجتهادية بنيت على قياس أو مصلحة أو عرف بقيت أو تبدلت لأن المجتهد حينما يجتهد يبحث عن حكم الله فى المسألة بكافة الوسائل ، ولذلك لا يقطع حين اجتهاده بل يحكم بغالب ظنه على مقدار وسعه .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٦٦ ، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣١٧

والجواب عن ذلك أن العلم مهما تقدم لا يمكن أن يحل محل العنصر الديني والخلقي في تربية الضمير ، لأن العلم سلاح ذو حدين يصلح للهدم والتدمير ، كما يصلح للبناء والتعمير ، فهو في ذاته محتاج الى رقيب يوجهه وجهة صالحة ، ولا أنفع من رقيب الايمان الوليد البكر للدين والأخلاق [1] .

ولقد اعترف رجال من أقطاب العلم وزعماء السياسة وقادة الجيوش بأن العلم لا قيمة له بدون الأخلاق والدين . اعترفوا بذلك ابان الحرب المدمرة الماضية التي تعتبر أثراً من آثار العلم ، وثمرة من ثمرات حضارتهم التي يتغنون بها .

واليك طائفة منها منقولة عن كتاب « العلم والدين » للمشير أحمد عزت باشا [2] ، وكتاب الدين لفضيلة الدكتور محمد عبد الله دراز .

فالعالم الطبيعي الأمريكي « روبرت ميلليكان » يصرح بأن أهم أمر في الحياة هو الايمان بحقيقة المعنويات وقيمة الأخلاق ، ولقد كان زوال هذا الايمان سبباً للحرب العامة ، واذا لم نجتهد الآن لاكتسابه أو لتقويته فلن يبقى للعلم قيمة ، بل يصير العلم نكبة على البشرية » .

ويقول (ويلسون » الرئيس الأسبق للولايات المتحدة « وخلاصة المسألة أن حضارتنا ان لم تنقذ بالمعنويات فلن نستطيع المثابرة على البقاء بماديتها ، وأنها لا يمكن أن تنجو الا اذا سرى الروح الديني في جميع مسامها ذلك هو الأمر الذي يجب أن تتنافس فيه معابدنا ومنظماتنا السياسية وأصحاب رؤوس أموالنا وكل فرد خائف من الله محب لبلده » .

والماريشال بيتان يقول في آخر خطابه الذي أذاعه على أمته في يوم ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٠ عقب توقيع الهدنة التي التمسها من زعيم ألمانيا المنتصرة عليهم : « انني أدعوكم أول كل شيء الى نهوض أخلاقي » .

---

(١) راجع الدكتور محمد عبد الله دراز في كتاب الدين ص ٩١ وما بعدها فقد كتب فصلا ممتعاً في وظيفة الأديان في المجتمع .

(٢) ص ١٣٣ وما بعدها .

والماريشال مونتجومرى يقول فى خطبة له أمام الجيش الثامن : « ان أهم عوامل الانتصار فى الحرب هو العامل الأخلاقى ، ولا يمكن لقائد أن يدفع جنوده الى بذل أقصى جهودهم فى العمل الا اذا كانت ضمائرهم مرتاحة الى ما يعملونه ، ويقينى أن الجيش اذا سار على غير مرضاة الله سار على غير هدى . ان خطر الانحطاط الخلقى فى أفراد الجيش أعظم من خطر العدو ، ولذلك لا نستطيع أن ننتصر فى معركة الا اذا انتصرنا على أنفسنا قبل كل شىء » .

تلك نداءات صارخة بالرجوع الى الخلق والدين ، ولكنها صدرت فى وقت ملىء بالشدائد والمفزعات ، وليس لها صدى فى وقت السلم والرخاء وتلك عادتهم كلما نزلت بهم نازلة ذكروا الدين والأخلاق (١) . فاذا ما انكشفت عنهم الغمة عاودتهم طبيعتهم الأولى ، طبيعة الظلم والاستبداد والاعتداء على حقوق الآخرين .

فهى تذكرنا بطبيعة الانسان التى صورها القرآن أبلغ تصوير فى قوله تعالى : " واذا مس الانسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا الى ضر مسه كذلك زين للمسرفين ما كانوا يعملون " (٢) .

وقوله : " هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا لنكونن من الشاكرين . فلما أنجاهم اذا هم يبغون فى الأرض بغير الحق يأيها الناس انما بغيكم على أنفسكم متاع الحياة الدنيا ثم الينا مرجعكم فننبئكم بما كنتم تعملون " (٣) .

(١) نلاحظ أن المجتمعات المادية لا تذكر الدين الا فى الأزمات الشديدة والظروف العصيبة التى تمر بها . لأن هذه الظروف تشعر الانسان بضعفه وعجزه عن الوصول الى الحل لما وقع فيه فيتجه نحو العالم الروحى يستلهم منه السداد والحل . أما فى وقت الرخاء فيغلب عليها التيارات المادية وتضعف عندها النزعة الروحية أو تنعدم ، لذلك نراهم حينما يتم لهم الغلبة فى الحروب أو تزول أزمتهم ينسون أو يتناسون ما كانوا فيه وتتحكم فيهم الروح الشريرة فلا يوفون بوعد ولا يؤدون واجباً .

(٢) ، (٣) يونس — ١٢ ، ٢٢ ، ٢٣

"واذا أنعمنا على الانسان أعرض ونأى بجانبه واذا مسه الشر فذو دعاء عريض" (١)

أين هؤلاء من المسلمين الذين وصفهم الله بعد النصر على الأعداء فى القتال بأنهم رعاة انسانية يحافظون على الحقوق، ويسيرون على الجادة المستقيمة .

" الذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر " (٢) .

ثم أين مقالات أولئك الزعماء مما أثر عن رسول الله وخلفائه من وصاياهم للجيش المحارب .

فقد روى مسلم عن بريدة بن الخصيب قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميراً على سرية أوجيش أوصاه فى خاصة نفسه بتقوى الله تعالى ، وبمن معه من المسلمين خيراً ، ثم يقول : « اغزوا باسم الله وفى سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً » .

وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى قائد جنده عهداً قال فيه : « هذا ما عهد به عبد الله أمير المؤمنين الى منصور بن غالب حين بعثه على قتال أهل الحرب وحربه من استعرض من أهل الصلح .

أمره فى ذلك بتقوى الله على كل حال نزل به من أمر الله ، فان تقوى الله أفضل العدة وأبلغ المكيدة ، وأقوى القوة ، وأمره ألا يكون من شىء من عدوه أشد احتراساً منه لنفسه ومن معه من معاصى الله ، فان الذنوب أخوف عندى على الناس من مكيدة عدوهم ، وانما نعادى عدونا وننصر عليهم بمعصيتهم ، ولولا ذلك لم تكن لنا قوة بهم ، لأن عددنا ليس

---

(١) فصلت — ٥١

(٢) الحج — ٤١

كعددهم ، ولا عدتنا كعدتهم ، فلو استوينا نحن وهم فى المعصية كانوا أفضل منا فى القوة والعدد ، فان لم ننصر عليهم بحقنا لا نغلبهم بقوتنا »

هذا هو أثر الدين فى الفقه الاسلامى يحمل الناس على تقبل أحكامه عن رضى ورغبة لا عن خوف ورهبة ، وهو أثر تهذيبي جليل الأثر يعين القانون على أداء وظيفته على الوجه الأكمل ، لأنه لا يكفى فى أداء القانون لوظيفته أن يكون صالحاً فى ذاته ملائماً للحياة ومطالبها ، بل يتوقف ذلك الى حد كبير على تقبل الناس له واحترامهم لأحكامه ، وليس على وجه الأرض قوة تكافىء قوة التدين أو تدانيها فى كفالة احترام القانون . وضمان تماسك المجتمع واستقرار نظامه .

ويجب ألا ننسى ما للعنصر الدينى من أثر كبير فى وجود الحكم الصالح والديموقراطية الصحيحة [1] فى صدر الاسلام ، وفى فترات متفرقة من تاريخه كلما وجد الوازع الدينى عند حكامه ، لأنه يجعل الحاكم دائماً

[1] والتاريخ أصدق شاهد على ذلك وقد اعترف المنصفون من رجال القانون بأن ما بلغه التشريع الاسلامى فى هذه الناحية بسبب العنصر الدينى لم تبلغه الأنظمة الحديثة على كثرتها ، ولن تستطيع أن تسد الفراغ الذى خلفه انهيار الوازع الدينى بتشريعاتها مهما تعددت . يقول الدكتور عثمان خليل فى كتيبه « الديموقراطية الاسلامية » ص ٦٤ : واذا كان للديموقراطية الاسلامية تراث جليل فى هذا الشأن حتى ليكاد يحيط بكل صور الأهداف الديموقراطية الحديثة فيجب أن لا ننسى ذلك الفارق الواضح ، وهو أن أكبر ضمان للحكم الصالح فى الديموقراطية الاسلامية بنوعيها كان الوازع الدينى ، واعتبار هذا الصلاح فى الحكم عبادة ، ولذا بلغ بعض الحكام فى حكمهم حد التفانى فى خدمة المجتمع والتضحية بكل مصالحهم الشخصية وأموالهم فى ذلك . على أن هذه الحقيقة قد أتاحت كذلك لمن لا وازع لديهم من الدين فرصة للاستبداد المسرف ولأهدار أطهر الأصول والحرمات الشرعية .

أما الديموقراطية الحديثة فلا سند لها من الوازع الدينى لانفصال الدولة عن الدين ، ولذلك كان العصر الحديث أحوج الى رسم الضمانات الوضعية وتفصيلها ومحاولة ضبطها وإحكامها ، فنظمت الدساتير والقوانين الوسائل السياسية والجنائية والمدنية لمراقبة الحاكمين ، ولمساءلتهم وتكشف الخلاف فى كل ذلك عن ظهور صور الديموقراطية الحديثة . وهى البرلمانية والرئاسية والمجلسية . ولكل منها وسائلها الخاصة فى هذا الشأن ، ولكننا نشك كثيراً فى أنها قد استطاعت أن تسد كل ذلك الفراغ الهائل الذى خلفه انهيار الوازع الدينى القوى الذى كان متسلطاً على الحكام وبخاصة فى صدر الاسلام . اهـ

على حذر من مخالفة شرع الله طمعاً فى ثوابه أو خوفاً من عقابه . حتى كان الواحد منهم يؤثر رعيته على نفسه مضحياً بمصالحه الشخصية وأمواله فى سبيلهم ليقينه أنه مسئول عنهم فى كل أمورهم كبيرها وصغيرها أمام الله الواحد القهار « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » .

فعنصر الدين جعل من التشريع الاسلامى صلاحاً للراعى والرعية ، وهو فوق ذلك رباط قوى متين يجمع القلوب على المحبة والتراحم ، ويجعل من المتدينين أسرة واحدة يحس كل فرد فيها بما يحس به الآخرون مهما اختلفت أوطانهم ، وتباعدت ديارهم ، فهو رباط الله الذى يحقق الوحدة الصادقة دونه فى ذلك رباط الدم . أو اللغة أو الجوار أو المصالح المشتركة .

موقف الفقه الاسلامى من العرف

أما الشبهة الثالثة وهى موقفه من العرف ورفضه لبعض ما تعارفه الناس فليس ذلك بدعا فيه حتى يعاب عليه . فان القوانين الحديثة — بعد عصر المدرسة الواقعية — تسير على هذا المنهج ، فحددت للعرف موضعاً يعمل فيه ، ومرتبة لا يتعداها ، فان تجاوز ذلك كان نصيبه الرفض والالغاء ، ومن ثم شرطوا لاعتباره شروطاً لا يقبل الا اذا توفرت جميعها ، ومتى اختلت أو اختل واحد منها كان عرفاً فاسداً لا يلتفت اليه .

وسنرى من الموازنة بين مركز العرف فى الفقه الاسلامى ومركزه فى القوانين الوضعية أن كفة الفقه الاسلامى فيه راجحة على الأخرى ، وأن العرف فيه ظل محتفظاً بمكانته الأولى طوال حياته ، وأنه لم يجد فيه جديد يطغى عليه أو يحد من سلطانه ، بينما نجده فى القوانين الأخرى انحدر من مكانته العالية ، وضعف سلطانه حتى كاد يفقد تأثيره فى نظر بعض رجال القانون .

وان جولة مع تاريخ العرف فى القوانين الوضعية ترينا ذلك فى وضوح فلقد كان العرف هو المصدر الرئيسى لكل القوانين القديمة ، فلما سنت القوانين ، وصدرت بها التشريعات ظل العرف محتفظاً بمكانته الأولى فترة

من الزمان ، فكان هو والقانون المكتوب فى منزلة واحدة ، ولذا كان من المقرر فى القانون الرومانى ، والقوانين الأوربية المشتقة منه . أن القاعدة المتأخرة تجب ما قبلها بصرف النظر عن مصدر كل منهما عرفاً كان أو تشريعاً .

وفى هذا يقول الفقيه الألمانى « سافينى » : اذا نظرنا الى العرف والتشريع باعتبار قوتهما الملزمة وجب أن نضعهما فى مستوى واحد ، ففى وسع القانون العرفى أن يكمل أو يعدل أو يعطل قانوناً مكتوباً ، كما أن فى وسعه أن يخلق قاعدة جديدة ، ويحل محل القاعدة المكتوبة التى ألغاها [1] .

ولما تقدم الزمن وتطورت القوانين بنشاط التشريع بدأ مركز العرف يضعف ، فنحى عن مكانته الأولى لما قيدوا قبوله بشروط حتى ذهب كثير من الفقهاء الغربيين الى أنه فقد أهميته ، لانتقال سلطة التشريع من الشعب الى ممثليه الذين يتكون منهم البرلمان ، وذهب آخرون الى أنه لم يفقد منزلته كمصدر من مصادر القانون ، ولكن مدى نشاطه تحدد ، لأن اشتراط الشروط لصحته جاء للتقليل من شأنه ، وكلما تطور النظام القانونى ضاق نشاط العرف ، كما يقول الدكتور محمد عرفه [2] ، لأسباب عدها .

وبعد أن بين أن العرف لم يفقد أهميته فى القانون المصرى ، لأن المشرع وضعه بعد التشريع ، ولاستناد القانون التجارى اليه قال : ومع ذلك يمكن القول بصفة عامة أن أهمية العرف كمصدر للقانون تتلاشى بتكامل النظام التشريعى ، وذلك لمزاحمة التشريع والقضاء ، واقصائهما اياه من ميدان الانتاج القانونى ، ويساعدهما على ذلك تلك الشروط المفروضة على مقدرة العرف الانشائية ، والتى يندر أن تتوافر لقاعدة عرفية فى الوقت الحاضر .

---

(١) الدكتور محمد عرفه فى مبادىء العلوم القانونية ص ٥٧

(٢) المرجع السابق .

وقريب من هذا ما يقرره الدكتور كيره [1] من أن العرف بعد هذه الشروط أصبح مصدراً بطيئاً للقانون ، وكثيراً ما يعوزه الوضوح والتحديد وان كان فيه مرونة عن التشريع .

هذه لمحة يسيرة عن تطور العرف فى رحاب القانون . بدأ واسع السلطان ثم انتهى الى حصره فى دائرة ضيقة بما وضعوه له من شروط كان بعضها محل وفاق ، وبعضها الآخر مختلف فيه .

ولا يعنينا هنا خلافهم أو وفاقهم بقدر ما يعنينا ذكر بعض هذه الشروط لتوقف المقارنة عليها .

شرطوا لقبوله (أولا) : السداد . وفسروه بكون العرف متوافقاً مع العدالة والنفع العام ، وبتعبير آخر . أن يكون موافقاً للنظام العام والآداب .

شرط يذكره أغلب الشراح ، وان صرفه البعض [2] الى العرف الخاص « المحلى أوالمهنى أو الطائفى » مستبعداً أن يكون شرطاً فى العرف العام الشامل ، لأن هذا النوع من العرف يسهم الى حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام باعتبار صدوره من الجماعة كلها .

(وثانياً) أن يكون عاماً ، وليس معنى عمومه شموله جميع البلدان بما فيها من طوائف وأشخاص ، بل يريدون عمومه فى المكان الذى يقع فيه أو الأشخاص الذين يصدر عنهم العمل بصفاتهم كالعرف الطائفى أو المهنى .

(وثالثاً) ألا يكون متعارضاً مع التشريع القائم ، فلا قيمة للعرف مع التشريع لأنه لا يلغيه ، فالمبدأ العام والقاعدة المقررة فى العرف أنه يعمل به ما لم يتعارض مع نصوص التشريع ، فاذا كان مناقضاً له فلا يعمل به [3] .

---

(١) المدخل .

(٢) الدكتور كيره فى المدخل .

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى فى نظرية القاعدة القانونية ص ١٣٢ يفسر المناقضة بكونه يأتى بحكم يخالف الحكم الثابت بالنص التشريعى سواء أكانت هذه المخالفة ايجابية بأن أتت بحكم يناقضه أم سلبية بأن لم تأت بحكم ولكنها اعترضت تطبيقه .

وعلى ذلك لا يقوى العرف عندهم على نسخ التشريع أو الغاء نصوصه الآمرة (١) .

هذا هو أصل وضع العرف بالنسبة الى نصوص التشريع — فى نظر رجال القانون — لا يقوى على الغاء النص التشريعى ، ولم يخرج عن هذا الأصل الا العرف التجارى ، فانه يجوز أن يلغى نصوص القانون عند التعارض ، ويرجع ذلك الى أن القانون التجارى فى الحقيقة عبارة عن تقنين للعادات التى اصطلح عليها التجار فيما بينهم ، وقد استثنوا من هذا الاستثناء العرف التجارى المعارض لنص متعلق بالنظام العام ، فانه لا يقوى على الغائه .

اذاً يكون استثناء الغاء النص بالعرف التجارى مقيداً بعدم كون النص المعارض متعلقاً بالنظام العام (٢) .

هذا هو الاستثناء الوحيد الذى أقامه شراح القانون ، وهو يصور لنا قداسة النصوص التشريعية — فى نظرهم — التى لا يرقى اليها سلطان العرف الا من هذه النافذة الضيقة .

ومع ذلك نجد من شراح القانون من يرفض هذا الاستثناء ، ويوجه المسألة توجيهاً آخر لتبقى القاعدة على عمومها من غير استثناء .

يقول الدكتور مصطفى كمال طه (٣) « وقد يتضمن العرف التجارى خروجاً على بعض نصوص التشريع المدنى ولو كانت آمرة ، وبعد ذكره لأمثلة ذلك قال : ويراعى أن مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ليس فيها تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون تحديداً لنطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى ، والقاعدة فى هذا الشأن . أن القانون المدنى لا يطبق الا اذا لم يوجد حكم خاص فى القانون التجارى ، ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية

(١) الدكتور كيره أصول القانون ص ٣٥٦
(٢) الدكتور جمال الدين زكى . المرجع السابق ص ١٣٤
(٣) القانون التجارى جـ ١ ص ٣٧

تجارية خاصة ، فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية العامة ، ولهذا لا يجوز للعرف التجارى أن يخالف نصوص التشريع التجارى الآمرة ولكنه يملك مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة .

والى مثل هذا يذهب الدكتور كيره (١) . فيقول بعد الشرح الطويل والرد على من جوز مخالفة العرف التجارى للنصوص التشريعية الآمرة : فاذا العرف يبقى على أصله من عدم جواز مخالفته لنصوص التشريع دون استثناء .

هذا هو مركز العرف مع النصوص الآمرة . لا يقوى على مخالفتها أما موقفه من النصوص المفسرة للتشريع أو المكملة له فيقوى على مخالفتها (٢) لأن النص المفسر يجيء عند الاختلاف فى النص — غالباً — فاذا وجد عرف يخالفه فلا يكون له محل ، ولهذا ترى المشرع ينبه فى بعض النصوص المفسرة الى أنها لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها ، على معنى أنه يستبعد تطبيق النص فى حالة وجود العرف المخالف ، ولا يلغى النص بذلك العرف ، بل يظل قائماً يطبق فى المواضع التى لا يوجد فيها عرف يخالفه .

---

(١) المدخل ص ٢٢٢ وأصول القانون ص ٣٥٧ وما بعدها .

(٢) أصول القانون ص ٣٥٩ . وقد فرقوا بين القواعد الآمرة وبين المفسرة والمكملة بأن الآمرة ملزمة على كل حال لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، والثانية ملزمة بشرط عدم وجود اتفاق على مخالفتها ، فاذا لم يتفق المتعاقدان على مخالفتها أو سكتا عن الاتفاق وجب تطبيقها ، فهى تطبق فى حال دون حال ، وعلى بعض الأشخاص دون الآخرين ، وتعرف كل منهما بأنه اذا جاءت القاعدة بصيغة الأمر أو النهى أو نص فيها على بطلان كل اتفاق مخالف لها ، أو يفرض عقوبة على مخالفتها كانت آمرة ، واذا نص فيها على اجازة الاتفاق على ما يخالفها أو صرح فيها بعبارة اذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، كانت من النوع الثانى ، واذا خلت القاعدة عن شيء من ذلك صراحة . فان كانت متعلقة بالنظام العام أو الآداب فآمرة ، واذا لم تتعلق بشيء منهما كانت مفسرة أو مكملة ، وهذا الفرق الأخير غير بين لعدم تحديد معنى للنظام العام والآداب كما صرح بذلك القانونيون أنفسهم ، ومن ثم يكون الفصل بين النصوص التى يجوز للعرف مخالفتها والتى لا يجوز فيها ذلك عسيراً . أنظر الدكتور محمد عرفه فى مبادىء العلوم القانونية ص ٩٨

والنص المكمل جاء لتكملة ارادة العاقدين ، فيطبق اذا لم يتفق المتعاقدان على عكسه ، أو سكتاً عن الاشارة الى موضوعه ، ولذلك يقترن كثيراً بالعبارات الآتية « الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » أو « فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد » أو « اذا لم يحصل الاتفاق على كذا » .

فهى نصوص أريد بها تنظيم التعاقد بين المتعاقدين اذا لم يريدا افراغه فى قالب آخر ، أو لتكملة ارادتهما فى حالة سكوتهما ، فاذا جاز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها جاز من باب أولى نشوء عرف مخالف لها .

وقد قرروا أن العرف مصدر فى جميع فروع القانون عدا القانون الجنائى فان العرف لا مجال له فيه ، ولا يعمل به الا فى تفسير نص من نصوصه للقاعدة المشهورة « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » وان كان سلطانه فى القانون التجارى أوسع من بقية الفروع الأخرى .

ويرجع ذلك الى أن العمليات التجارية تتم بسرعة فلا يتوفر للمتعاقدين الوقت الكافى لذكر كل الشروط التى تحكم العلاقات الناشئة عنها ، فتكون نيتهما متجهة الى الأخذ بالعادات المنظمة لهذه العلاقات ، ولأن هذه العمليات تتم بينهم وهم على علم بعادات التجارة مما لا يستدعى معه ادراج كل الشروط المطلوبة فى عقودهم [1] .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نلخص موقف القوانين من العرف فى النقاط الآتية :

١ ـــ أن العرف المقبول هو المتوافق مع العدالة والنفع العام ، أو بتعبير آخر : الموافق للنظام العام والآداب ، وبمعنى أوضح . هو الذى يتفق مع العدالة ويحقق نفعاً عاماً ، ولا يخالف المصالح الأساسية التى يقوم عليها بناء الجماعة ولا أصول الأخلاق ، ولا يتعارض مع نصوص التشريع الآمرة بعد أن يكون

---

(١) الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٣٩

عاماً . سواء كان عمومه شاملا لجميع البلدان وما فيها من أشخاص وطوائف أو خاصاً ببلد أو بطائفة أو أرباب مهنة .

٢ ـ ان عمل العرف يظهر فى أمرين : فى الانشاء والتفسير . انشاء القواعد القانونية فى فروع القانون عدا القانون الجنائى ، وهو فى ذلك مكمل للتشريع ، لأنه يقرر أحكاماً لمسائل فات على التشريع أن ينظمها ، أو استعصى عليه تنظيمها لتشعبها ، وتفسير النصوص التشريعية فى جميع الفروع حتى الجنائى منها .

٣ ـ أن العرف المرفوض هو المخالف للنظام العام أو الآداب ، أو المعارض لنصوص التشريع الآمرة .

٤ ـ ان مخالفة العرف للنصوص المفسرة أو المكملة لا يمنع قبوله .

٥ ـ ان سلطان العرف فى القانون التجارى أوسع دائرة من بقية فروع القوانين .

تلك هى منزلة العرف فى قوانين البشر . تضييق وتشديد ، ورفع للنصوص الى مقام التقديس ، مع أن أغلب هذه النصوص فى أصلها عادات قديمة ، تطورت مع الزمن حتى صاغها المشرع فى قواعد مكتوبة ، ورغم ذلك لم يرمها أحد بالجمود ولا بالبعد عن الواقع .

وسترى من عرض نظرية العرف فى فقه الاسلام أنه أوفر حظاً وأعلى شأناً منه فى تلك القوانين ، وأن ما قيل عنه انه يرفض أعراف الناس ، فيبعد عن واقعهم ، ويحلق فى سماء المثالية . قول ، جانبه الصواب الى حد كبير ان لم يكن هو الخطأ بعينه .

ولعل قائله نظر الى رفضه بعض ما تعارفه الناس مما خالف نصوصه الصريحة الآمرة والناهية ، كعدم اقراره للمعاملات الربوية الشائعة بين الناس ، والتى أقرتها القوانين الوضعية التى لا تعترف بحرمة الربا .

ولو أنصف ذلك القائل وطبق شروط اعتبار العرف فى القانون على تلك الأعراف المخالفة لنصوص الاسلام الالهية لما وصل الى هذه النتيجة الخاطئة[1].

أقول : لو أنصف ونظر لكليهما بعين واحدة لما وقع فى هذا الخطأ
... ... ولكن عين السخط تبدى المساويا

وسأكتفى هنا بعرض اجمالى لتلك النظرية .

جاء الاسلام وللعرب عادات وتقاليد ساروا عليها ، واحتكموا اليها مئات السنين . عادات اختلطت فيها بقية من الشرائع السابقة بقواعد أحكمتها تجاربهم وما نزح اليهم من عادات الأمم المجاورة ، عادات فيها الصالح والفاسد ، تنازعتها العقول والأهواء ، فكانت الغلبة للعقل مرة ، وللهوى مرة بل مرات ، والاسلام دين اصلاح نزل ليخرج الناس من الظلمات الى النور ، فليس من المعقول أن يهدم كل ما كان عندهم من نظم ، ويقضى على ما كان لهم من عادات ، لأنه لم يأت ليهدم المدنيات ليؤسس على أنقاضها مدنيات جديدة . والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق .

يحدثنا بأن رسول الله وقف من تلك العادات مواقف مختلفة ، فأقر طائفة منها على ما كانت عليه ، وألغى طائفة أخرى ، وحذر من قربانها ، كما عمد الى طائفة ثالثة أبقى أصلها وعدل رسمها ، وأخيراً أتى لهم بنظم مبتكرة لم يسبق

(1) ألا ترى أن شراح القانون لا يعترفون بالعادات المنافية لقواعد الأخلاق والأسس الاجتماعية . يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى كتابه نظرية القانون ص ١٥١ فى شروط العرف المعتبر : «أن يكون مطابقاً للعدالة وللنظام العام ولحسن الآداب فى الدولة ، فالعادات التى تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التى تقوم عليها الجماعة لا ترقى أبدا الى مرتبة العرف وان طال عليها الأمد ، فالأخذ بالثأر عادة راسخة فى دم الأفراد فى بعض أقاليم وطننا لاسيما فى أعالى الصعيد ، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها عرف واجب الاحترام قانوناً ، لأن تلك العادة تتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التى أرسى عليها المجتمع المصرى ، ومقتضاها أن تتولى الدولة بوساطة محاكمها أمر القصاص لمن يعتدى عليه من بنيها » اهـ. فأى فرق بين ما يرفضه الفقه الاسلامى من الأعراف المنافية لقواعده ومبادئه وبين مثل هذه العادات التى ترفضها القوانين ؟ ؟؟

لهم عهد بها ، فقد أقر من البيوع ما كان مبنياً على التراضى خالياً مما يثير النزاع أو يوصل الى أكل أموال الناس بالباطل ، وألغى ما عدا ذلك من بيوع المخاطرة والغرر . كبيع الملامسة والمنابذة والقاء الحصاة ، وكضربة القانص والغائص وما ليس عند الانسان ، وكبيع الحمل واللبن فى الضرع وغيرها .

وأقر من الزواج صنفاً كانت تخطب فيه المرأة الى وليها ، ويقدم لها خاطبها صداقاً ، ثم يعقد العقد أمام شهود بعد اعلانه ، وألغى ما عدا ذلك من أنكحتهم الفاسدة التى تعتبر زنى أو قريبة منه (١).

وأقر أصل الطلاق ونظم طريقته .

وأبقى نظام القصاص فى القتل العمد بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية وقرر وجوب الدية فى القتل الخطأ وجعلها على العاقلة كما كانت ، كما أبقى نظام القسامة على ما كان عندهم .

وأقر المشاورة التى تعودوها فى أمورهم مع نزول الوحى عليه لما فيها من منافع ومصالح (٢) .

وما موقفه من الرق الا اقرار لعادة فاشية بعد تنظيمها .

فقد بعث رسول الله وعادة الاسترقاق شائعة ذائعة عند العرب وماجاورهم من الأمم ، الاسترقاق بنوعيه . استرقاق الأمم والشعوب ، بأن تغير أمة على أخرى فتخضعها لها وتستغل ثرواتها .

---

(١) فقد أخرج البخارى وأبو داود بسندهما عن أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها أنها قالت : ان النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء ، فلما بعث الله محمداً بالحق هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح الناس اليوم . راجع تفصيل ذلك فى منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ فى باب أنكحة الكفار .

(٢) يقول القرطبى فى تفسير قوله تعالى « وشاورهم فى الأمر » ج ٤ ص ٢٥٠ : قال مقاتل وقتادة والربيع : كانت سادات العرب اذا لم يشاوروا فى الأمر شق عليهم ، فأمر الله تعالى نبيه عليه السلام أن يشاورهم فى الأمر ، فان ذلك أعطف لهم وأذهب لأضغانهم وأطيب لنفوسهم فاذا شاورهم عرفوا اكرامه لهم .

. وأبو حيان فى البحر المحيط ج ٢ ص ٩٨ بعد أن بين فوائد المشاورة يقول : وجرى على مناهج العرب وعاداتها فى الاستشارة فى الأمور ، واذا لم يشاور أحداً منهم حصل فى نفسه شىء.

واسترقاق الأفراد ، بأن يستولى الشخص على غيره بطرق عديدة . حتى كان الناس يعدون الرقيق نوعاً من المال ، بل من أثمنها وأعزها ، فعلى الرقيق تقوم فلاحة الأرض وأعمال التجارة والخدمة فى البيوت وخارجها .

فقرر حرية الشعوب والمساواة بين الأمم « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم » (١) ، بل ان الله بين أنه ناصر المستضعفين المستعبدين « ونريد أن نمن على الذين استضعفوا فى الأرض ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين » (٢) والرسول يقول : « كلكم لآدم وآدم من تراب » ، وبهذا ألغى استرقاق الشعوب .

وأما استرقاق الأفراد فقد أقره وحدد له سبباً واحداً ، وهو الحرب المشروعة ، بعد أن كان قبله يأتى من أسباب عديدة ، ولم يكن من المعقول أن يلغى الرق فى الدولة الاسلامية بينما تتمسك به الأمم حولها ، فأبقاه معاملة بالمثل ، وهو مبدأ مقرر فى كل القوانين .

وبعد هذا الابقاء والتضييق فى أسبابه فتح له نوافذ الحرية من كل جانب فجعل فكاك الرقيق كفارة لما يقع فيه المرء من أخطاء ، كاعتدائه على حرمة الصوم ، أو الحنث فى اليمين ، أو القتل خطأ أو الظهار .

ثم بين أن اعتاق الرقيق عمل من أعمال البر التى تنجى صاحبها فى الآخرة من العذاب . « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة » (٣) ، وأحاديث الرسول فى الترغيب فى العتق والحث عليه كثيرة لا تحصى (٤) .

---

(١) الحجرات — ١٣

(٢) القصص — ٥

(٣) البلد ١١ — ١٣

(٤) يقول الأستاذ الأمام محمد عبده فى تفسيره : وقد ورد فى فضل العتق ما بلغ معناه حد التواتر فضلا عما ورد فى القرآن ، وهو يرشد الى ميل الاسلام الى الحرية وجفوته للأسر والعبودية . تفسير جزء عم ص ٦٩ .

ومع هذا كله حث على حسن معاملة الرقيق . وبذلك ندرك أن الاسلام ألغى الرق — فى الحقيقة — من طريق غير مباشر .

ومن هذا يتبين أن الرسول اعتبر العرف القائم عند بعثته ، بيد أنه لم يعتبره لأنه مجرد أمر متعارف معمول به من قديم الزمن ، والا لاعتبر كل ما تعارفوه .

فلا بد أن يكون الاقرار أو الالغاء لأمر وراء كونه عرفاً ، وليس هنا ما يصلح أن يكون سبباً لذلك الا ما فى هذا الأمر المتعارف من مصلحة راجحة ، أو مفسدة غالبة ، فأقر ما يحقق لهم المصالح ويدفع عنهم المفاسد ، ولو لم يكن فيه عرف بخصوصه لأتى به تشريعاً مبتدأ ، وألغى ما يجلب عليهم الشر ، ويثير العداوة والبغضاء بينهم .

ويوضح ذلك أنا وجدناه فى المعاملة التى ألفوا فيها أكثر من عادة يقر واحدة منها ويلغى باقيها .

فالبيع الذى هو مبادلة المال بالمال اعتادوا فيه طرائق عدة ، أقر احداها ونهى عما عداها .

والزواج كذلك كما سبقت الاشارة اليه .

وبهذا يكون رسول الله قد وضع المبدأ الواضح لاعتبار العرف ، وقرر فيه قاعدة سليمة اعتبرها الأئمة والفقهاء من بعده ، ويمكن اعتبارها فى كل حين .

وهى أن ما تعارفه الناس وساروا عليه ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيداً عن الأهواء والشهوات ، فبمقدار ما فيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع .

فاذا كان ما تعارفوه يحقق لهم مصلحة راجحة ، أو يدفع عنهم مفسدة كبيرة ، ولا يخل بالمجتمع ، قبل وأقر العمل به ، وصار شريعة واجبة

الاتباع ما دام يحقق ذلك ، ويجب على القضاة والمفتين ملاحظته ، وان كان غير ذلك ألغي وأهدر . لا فرق في هذا بين العرف العام الشامل لكل البلدان ، والعرف الخاص ببلد أو بطائفة .

وفي قول الله تعالى « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » ما يقرب الى الفهم ما يراد بالمصلحة والمفسدة . ولعلك توافقني على أن معيار العرف هنا أوضح بكثير مما جعله رجال القانون معياراً في شرطهم الأول . وهو السداد المفسر بتوافقه مع العدالة والنفع العام ، أو بكونه موافقاً للنظام العام الذي لم يظفر — الى الآن — بتعريف سليم يكشف عن حقيقته ، وكل ما جاء بشأنه — كما يقول الدكتور محمد عرفه — [1] اما غامض أو ناقص ، حتى قيل : « أن النظام العام يستمدعظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به . فمن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه » .

هذا هو موقف رسول الاسلام من أعراف العرب . اقرار وتنظيم ووحي السماء ينزل عليه بقرآن وسنة ، وما أقره لم يبق على ما كان عليه عادة وعرفاً ، بل أصبح تشريعاً اسلامياً واجب الاتباع ، وديناً يتعبد به .

ونظير ذلك في القانون أن ما يقره المشرع من العادات ينتقل من قاعدة عرفية الى قاعدة قانونية ، ومن سنة عملية متبعة الى قانون مكتوب له الصدارة والتقدم على ما للناس من عادات .

العرف ومخالفة النصوص

واذا كان للعرف نوعان . نوع لا يخالف نصاً من النصوص التشريعية وآخر يخالفها ويعارض حكمها ، ورجال القانون قبلوا الأول متى توفرت له شروطه التي شرطوها ، ورفضوا الثاني اذا كان النص المعارض من النصوص الآمرة أيا كانت المخالفة . جزئية أو كلية .

---

(١) مبادىء العلوم القانونية ص ٩٨ .

وهذا يدعو الى التساؤل عن نوع العرف الذى أقره الرسول . هل كان كله من النوع الأول ، أم أنه أقر شيئاً من النوع الثانى المعارض للنصوص لتتم المقارنة فى وضوح ؟

وجوابنا عن هذا التساؤل : أننا وجدنا لرسول الله بعض أحاديث نهى فيها عن أشياء نهياً عاماً ، ولما وجد لقومه عادات تخالفها فى بعض أفرادها استثنى موضع العادة ورخص فيه ، وهذا — كما ترى — عرف خالف نصاً من النصوص مخالفة جزئية ومع ذلك أقره الرسول دفعاً للحرج عنهم ، وتحقيقاً لليسر الذى جاءت به هذه الشريعة السمحة .

واليك بعض هذه الوقائع :

١ — روى أن رسول الله نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، فقال : « ياحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك » . ولما قدم المدينة ووجدهم يتعاملون بالسلم ، وهو نوع من بيع ما ليس عند الانسان أقرهم عليه بعد أن نظمه .

يحدثنا البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال : « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم [1] » .

٢ — أخرج البخارى وأحمد أن رسول الله « نهى عن المزابنة — بيع الثمر بالتمر — الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم » ، وفى رواية متفق عليها « نهى عن بيع الثمر بالتمر ، وقال ذلك الربا . تلك المزابنة . الا أنه رخص فى بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونه رطباً » [2]

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٩١ ، وفيه. السلف هو السلم ، ولكن السلف لغة أهل العراق ، والسلم لغة أهل الحجاز .

(٢) المرجع السابق جـ ٥ ص ١٧٠

فقد نهى عن المزابنة . وهى بيع الثمر على النخل بخرصها أى بقدر مافيه اذا صار تمراً ، لأنه ربا حيث لا يتحقق التساوى بين البدلين ، ومع ذلك رخص فى العرايا (١) ، لما وجدهم تعارفوها دفعاً للحرج عنهم .

٣ — روى غير واحد من المحدثين عن ابن عباس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : « ان هذا البلد حرام لايعضد شوكه ، ولا يختلى خلاه ، ولا ينفر صيده ، ولا تلتقط لقطته الا لمعرف » ، قال العباس : « الا الاذخر فانه لابد لهم منه ، فانه للقيون والبيوت ، فقال « الا الاذخر »(٢) .

وفى رواية أبى هريرة فقال العباس : الا الاذخر فانا نجعله لقبورنا وبيوتنا ، فقال رسول الله « الا الاذخر » متفق عليه (٣) .

وفى بعض الروايات ، فقال العباس : الا الاذخر يارسول الله ، فانه لابد منه للقبور وظهور البيوت ، فسكت ساعة ثم قال : « الا الاذخر فانه حلال » (٤) .

فتراه صلى الله عليه وسلم حرم قطع شجر الحرم وحشيشه ، واستثنى الاذخر لاعتيادهم تسقيف البيوت به ، وسد الخلل الذى يكون بين لبنات القبور .

---

(١) العرايا جمع عرية ، وهى فى الأصل عطية ثمر النخل دون الرقبة .

كانت العرب فى الجدب تتطوع بذلك على من لا ثمر له ، كما يتطوع صاحب الشاة أو الابل بالمنيمحة ، وهى عطية اللبن دون الرقبة ، قال مالك : العرية . أن يعرى الرجل الرجل النخلة ، أى يهب له ثمرها ثم يتأذى بدخوله عليه ويرخص الموهوب له للواهب أن يشترى رطبها منه بتمر يابس مؤجلا ، وقال الشافعى : العرايا ، أن يشترى الرجل ثمر النخلة بخرصه بشرط التقابض فى الحال . ولها صور أخرى غيرذلك . نيل الأوطار فى الموضع السابق ، وسبل السلام جـ٣ ص ٥٧

(٢) الاذخر . حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب ، والقيون جمع قين وهو الحداد والصائغ ، لا يختلى خلاه . الخلا الرطب من النبات ، واختلاؤه قطعه واحتشاشه . ينفر صيدها . كناية عن الاصطياد .

(٣) المرجع السابق جـ ٥ ص ٢١

(٤) امتاع الاسماع للمقريزى جـ ١ ص ٣٨٦

فهذه أمثلة ثلاثة اعتبر فيها الرسول العرف وأقره فى مقابلة النص مع تخصيصه اياه به ، وسواء اعتبرنا الحكم فيها مستنداً الى الوحى ابتداء على رأى من يقول : إن السنة التشريعية كلها وحى مبتدأ ، أو اعتبرنا هذا النوع اجتهاداً من الرسول ، لأن الله فوضه له ليستثنى منه ما يراه صالحاً ، كما يقول ابن قتيبة (1) فهو صريح فى أن العرف لا يبطله الشارع بمجرد معارضته للنص .

فرسول الله بعد ما نهى عن الشيء فى تلك المواضع نهياً عاماً وجد لهم عادة اعتادوها فى بعض صور النهى ، وأن من العسير عليهم ترك ما اعتادوه فرخص لهم فى موضع العادة ، وخصص النص به دفعاً للحرج عنهم .

وفى هذا الأسلوب من التشريع ما يخرص ألسنة المرجفين الذين يرمون شريعة الاسلام بأنها غير واقعية ، فلا تساير ركب الحضارة ، والا فأى مسايرة للواقع بعد ذلك ؟

أليست هذه النصوص التى اعتبر العرف المخالف لها من النصوص الآمرة التى منع رجال القانون اعتبار العرف المخالف لها على أى وجه ؟

ولكنها شريعة الاسلام . شريعة الخلود . شريعة الصلاحية الى يوم الدين . ان صنيع رسول الله هذا فتح لباب ملاءمة هذه الشريعة للحياة ، ليدخله الأئمة والمجتهدون من بعده .

وقد دخلوه ولكن فى حذر ، فلم يتهاونوا فى العمل بنصوصها ، ولم يبطلوها بمجرد عرف طارىء عليها ، بل خصصوا به بعض النصوص لا بمجرد كونه أمراً معتاداً ، بل لأنه ينبعث عن حاجة ألجأتهم الى تعود هذا الفعل المحقق للمصلحة ودفعاً للحرج عنهم ، فيكون ذلك التخصيص فى الحقيقة تخصيصاً بمجموعة النصوص النافية للحرج والداعية الى التيسير ، والنصوص التى تستثنى مواضع الضرورة « الا ما اضطررتم اليه » ، « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

---

(1) فى كتابه « تأويل مختلف الحديث » ص ٢٤٦.

وقد تكون المصلحة التي نشأ عنها العرف في مرتبة الضرورة ، وقد تكون في مرتبة الحاجة ، ومن الفقهاء من صرح : بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة[1] « أي في تجويز الممنوع شرعاً » ، كما صرح آخرون : بأن تعامل الناس دليل الحاجة ، فلا حاجة فيما لا تعامل فيه [2] .

الصحابة والعرف

وبعد عصر الرسول انتقلت قيادة الأمة الى خلفائه الراشدين ، وفي عصرهم والعصور التالية له امتدت الفتوحات الاسلامية شرقاً وغرباً واتسعت دولة الاسلام ، فشملت بلاداً عديدة بما فيها من عادات وتقاليد ونظم غريبة عن الاسلام . خليط من العادات . فمن مصرية الى فارسية الى رومانية الى بربرية واغريقية .

واجه المسلمون هذه العادات وتلك التقاليد ، ولم يكن من طبيعة الاسلام رفض كل غريب عنه ، فساروا على هدى رسول الله فيما كان عند العرب من عادات ، فأقروا الصالح منها ، وأهدروا فاسدها ، وهذبوا ما احتاج الى تهذيب بعد وزنها بميزان الشريعة ، وتقدير ما فيها من مصلحة .

فقد أقر عمر تدوين الدواوين الذى كان معمولا به في فارس والروم .

جاء في كتاب الخراج [3] لأبي يوسف : أن عمر بن الخطاب لما جاءه أبو هريرة من البحرين بخمسمائة ألف درهم دعا عمر الناس فقال : أيها الناس انه قد جاءنا مال كثير ، فان شئتم أن نكيل لكم كلنا ، وان شئتم أن نعد لكم عددنا ، وان شئتم أن نزن لكم وزنا لكم ، فقال رجل من القوم : يا أمير المؤمنين : دون للناس دواوين يعطون عليها فاشتهى عمر ذلك .

---

(1) المجلة العدلية بشرح الأتاسي ج ١ ص ٧٥ .

(2) يقول الكاساني في بدائعه ج ٤ ص ١٩٢ : « ومن شروط الاجارة أن تكون المنفعة مقصودة معتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ، ويجرى بها التعامل بين الناس ، لأنه عقد شرع بخلاف القياس للحاجة ، ولاحاجة فيما لا تعامل فيه للناس » اهـ .

(3) ص ٤٥ الطبعة الثانية السلفية .

وابن خلدون فى مقدمته (٤) يقول : «وأول من وضع الديوان فى الدولة الاسلامية عمر رضى الله عنه . يقال: السبب مال أتى به أبو هريرة من البحرين فاستكثره ، وتعبوا فى قسمه ، فسعوا الى احصاء الأموال ، وضبط العطاء والحقوق ، فأشار خالد بن الوليد بالديوان ، وقال : رأيت ملوك الشام يدونون ، فقبل منه عمر ، وقيل : بل أشار عليه به الهرمزان لما رآه يبعث البعوث بغير ديوان ، فقيل له : ومن يعلم بغيبة من يغيب منهم ، فان من تخلف أخل بمكانه ، وانما يضبط ذلك الكتاب ، فأثبت لهم ديواناً ، وأنشأ ديوان الجيش فى سنة ٢٠ هـ . وأما ديوان الخراج والجبايات فبقى معمولا به على ما كان عليه قبل الاسلام . ديوان العراق بالفارسية ، وديوان الشام بالرومية ، وكتاب الدواوين من أهل العهد من الفريقين ، ولما جاء عبد الملك بن مروان ،واستحال الأمر ملكاً ، وانتقل القوم من غضاضة البداوة الى رونق الحضارة ، ومن سذاجة الأمية الى حذق الكتابة ، وظهر فى العرب ومواليهم مهرة من الكتاب والحساب أمر بنقل ديوان الشام الى العربية ، وكذلك أمر الحجاج بنقل ديوان العراق من الفارسية الى العربية» .

فمن هذا نرى أنه أنشأ دواوين مختلفة ، واحد للعمال ، وآخر للجند وثالث للجباية والصرف ، ولم يحمله على ذلك الا تحقيق المصلحة التى لم يمنعه من العمل لها عدم وجود كتاب من المسلمين يصلحون لهذا الأمر ، فعين من غير المسلمين من أهل العهد من يعمل بلغته . فهو رضى الله عنه لم يتعصب لا لأهل دينه ولا للغته مادامت المصلحة تحتاج لغير المسلمين الذين يعملون بلغتهم ، فأين هذا مما يرفضه الجامدون من كل جديد باسم الدين الذى لاذنب له فى جمود هؤلاء ؟

---

(٤) ص ١٣٣ .

والديوان فى الأصل هو الكتاب الذى يضبط فيه أسماء المستحقين ومقدار ما يستحقون وأوقات الصرف اليهم ، ثم أطلق على مجموع السجلات الخاصة بالعمل والمكان الذى يجلس فيه القائمون على هذه السجلات . راجع مقدمة ابن خلدون ، والادارة الاسلامية فى عز العرب للأستاذ محمد كرد على ، والسياسة الشرعية للأستاذ خلاف ، والسياسة الشرعية للأستاذ عبد العال عطوه .

ولما فتحت البلاد فى عهده ووجد فيها عادة ضرب النقود أمر بضرب الدراهم ، وهو أول من ضربها فى الاسلام وكان ذلك فى سنة ١٨ هـ .

ولما احتاجوا الى التأريخ ووجد لغير المسلمين عادات فيه فعل مثلها وجعل الهجرة مبدأ لتاريخ المسلمين .

وكذلك طبق نظام الخراج (١) والجزية الذى كان يعمل به كسرى أنوشروان ملك فارس على أرضها وأهلها لما فتحها ، وأرسل عثمان بن حنيف ليمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة بن اليمان مشرفاً عليه ، وأوصاهما ألا يضعا على الأرض ما لا تطيق ففعلا (٢) .

ومع اقرار ما أقروه من عاداتهم التى لا تتنافى مع مبادىء الاسلام رفضوا منها ما يخالف تعاليمه ، فرفضوا عاداتهم فى الأعياد وغيرها .

الأئمة والعرف

وعلى منهجهم القويم سار الفقهاء والمجتهدون من بعدهم . لم يأنفوا من اقرار أنظمة وعادات كانت موجودة عند غيرهم من الأمم مادامت لا تتنافى مع الاسلام .

فهذا أبو حنيفة وأصحابه يذهبون الى أن الزرع اذا أصابته جائحة فأتلفته فان الخراج الموظف يسقط عنه ، وتلك عادة طبقها الأكاسرة فى العراق أيام حكمهم ، فلقد كان كسرى يضع عن الزارع من الخراج بقدر ما يصيب زرعه من جائحة نزلت به كما جاء بالفتاوى الهندية .

---

(١) كلمة الخراج فى الأصل اسم لما يفرض ابتداء على الأرض التى يقر عليها غير المسلمين ولذا سميت الأراضى الخراجية ، ثم أطلقت على كل ما يرد للدولة من أى مورد على سبيل التغليب ثم أطلق على النظام المالى من وارد ومصروف ، ومن هذا كتاب الخراج الذى كتبه أبو يوسف للرشيد.

(٢) راجع فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٤ ص ٣٦٢ ، فقد نقل القصة بجميع رواياتها ووفق بين الروايات المختلفة فيها .

وفيها عن الكردرى : المحمود من صنع الأكاسرة أن المزارع اذا أصاب زرعه آفة فى عهدهم كانوا يضمنون له البذر والنفقة من الخزانة ، ويقولون الزارع شريكنا فى الربح ، فكيف لا نشاركه فى الخسارة ؟ ، والسلطان المسلم بهذا الخلق أولى .

كما صحح الحنفية الشروط التى تعارفها الناس مع ورود النهى عن بيع وشرط . معللين ذلك : بأن النهى لم يكن الا لأن الشرط فى عقد البيع يفضى الى النزاع غالباً ، والعرف يقضى على ذلك النزاع .

والامام مالك قد خصص قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » بالعادة ، فاستثنى المرأة الشريفة التى تتضرر بالارضاع ، فقال : « انها لا ترضع ولدها »، ولا ينافى هذا قول ابن العربى فى تفسيره (١) : «ولمالك فى الشريفة رأى خصص به الآية ، فقال : انها لا ترضع اذا كانت شريفة وهذا من باب المصلحة » . لا ينافيه ، لأن منشأ العادة المصلحة ، وهى دفع الأذى عن أمثال تلك المرأة ، فالمخصص فى الحقيقة هو المصلحة ، وفى الظاهر هو العادة الناشئة عن هذه المصلحة .

ولقد وجدت أبا عبد الله القرطبى فى تفسير هذه الآية (٢) يقرر أنه عرف فيقول : « واختلف الناس فى الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ، ثم قال : ولكن هو عليها فى حال الزوجية ، وهو عرف يلزم اذ قد صار كالشرط الا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

ولقد أفتى محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة بجواز بيع النحل ودود القز لما وجد الناس يتعاملون بهما بيعاً وشراء بعد أن كان امامه يمنع ذلك ، لعدم ما ليتهما قياساً على هوام الأرض والضفدع .

---

(١) أحكام القرآن جـ ١ ص ٨٦

(٢) جـ ٣ ص ١٦١

ولأهمية العرف عند محمد كان يذهب الى الصباغين ، ويسأل عن معاملتهم وما يتواضعون عليه .

المقلدون والعرف

وهكذا روعى العرف فى عصر الاجتهاد فى الفقه الاسلامى على الطريقة التى سنها رسول الله فيه ، فلما تكونت المذاهب الفقهية ، وصار لكل مذهب حدود خاصة وأتباع يقلدونه بقى اعتبار العرف ، بل انهم وضعوا له الضوابط كما ضبطوا غيره ، فوضعت الشروط وبينت أنواعه ، وكتب المذاهب المختلفة تفيض بذكر العرف تقعيداً وتفريعاً عليه .

واليك طائفة من تلك العبارات :

يقول القرافى فى مختصر التنقيح (1) : تنبيه « ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع ، وليس كذلك . أما العرف فمشترك بين المذاهب ، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها » .

وابن العربى فى تفسير قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » يقول(2): « المسألة الرابعة فى تقدير الانفاق ، قد بينا أنه ليس له تقدير شرعى ، وانما أحاله الله سبحانه على العادة ، وهى دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام»

والسرخسى من الحنفية يقول فى مبسوطه (3): « إن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولأن فى النزع عن العادة الظاهرة حرجا بينا » .

وابن عابدين فى رسالته يقول : « الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى » .

---

(1) ص ٧٦

(2) أحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٧٠

(3) جـ ١٣ ص ١٤

وجاء فى قواعدهم « العادة محكمة » ، «والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» « والتعين بالعرف كالتعيين بالنص » .

ولما للعرف من منزلة بين الأدلة التى تستند اليها الأحكام فى الظاهر شرطوا فى المجتهد أن يكون عالماً بأعراف الناس .

يقول السرخسى فى المبسوط [1] : «وأقرب ما قيل فى حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومنزلتها ووجوه معانيها ، وأن يكون مصيباً فى القياس عالماً بعرف الناس » .

وابن عابدين فى رسالته [2] يصرح بمثل هذا فيقول : « ولهذا قالوا من شروط الاجتهاد إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس »

تغير الأحكام بتغير العرف

واذا كان العرف من الأدلة التى تبنى عليها الأحكام ، ويترك به القياس ويخص به النصوص عند جمهرة الفقهاء فيتبع ذلك لا محالة تغير الأحكام التى بنيت عليه اذا ما تغير العرف ، والباحث فى كتب الفقه يجد كثيراً من تلك الفروع .

من ذلك ما روى عن أبى حنيفة أنه كان يقول : اذا غصب انسان ثوبا وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمنه نقصانه ، وخالفه صاحباه فقالا : ان المالك مخير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب ، فأبو حنيفة يرى أن صبغه بالسواد ينقص قيمته ، وصاحباه ذهباً الى أنه يزيدها كصبغه بأى لون آخر ، فهذا الاختلاف أرجعه الفقهاء الى إختلاف العرف ، فقد كان الصبغ بالسواد فى عهد أبى حنيفة ينقص قيمة الثوب ، لأن بنى أمية ماكانوا يلبسون السواد ، فكان مذموماً ، والعباسيون كانوا يلبسون السواد فكان ممدوحاً فى عصرهم ، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الأسود

---

(١) جـ ١٦ ص ٦٢

(٢) مجموعة الرسائل جـ ٢ ص ١٢٥

ولقد كان المقرر بالنصوص عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان وتعليم القرآن لما كان الناس يفعلون ذلك حسبة لله تعالى ، ولما تغير الزمن وشحت النفوس بفعل الخير أفتى الفقهاء المتأخرون بجواز أخذ الأجر على ذلك وعلى تعليم العلم والأمامة وغيرها من الشعائر ، ولأن أرباب هذه الوظائف كانوا يرزقون من بيت المال ، فلم يكن ثمة حاجة الى أخذهم الأجر .

فلما تغيرت العادات وقطع رزق هؤلاء من بيت المال ، وجب لهم الأجر نظير هذا العمل والا ماتوا جوعاً ، أوضاع القرآن والعلم بترك الناس التعليم [1] .

ومن ذلك قول الصاحبين : انه لا يكتفى بظاهر العدالة فى تعديل الشهود ، بل لابد من تزكيتهم . بأن يأتى شخص يثق فيه القاضى ، وله معرفة بأحوال الشاهد ، ويعلن أمام القاضى عدالته ، قالا ذلك لظهور الفساد فى زمنهما بعد أن كان الامام يكتفى بظاهر عدالتهم فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح فى زمنه .

فقد اتفقوا على أن العدالة شرط ليطمئن القاضى الى شهادتهم ، وقد كان ظاهر العدالة كافياً فى زمنه لغلبة الصلاح ، فلما شاع الفساد أصبح هذا الظاهر غير محقق للمقصود ، فكان لابد من البحث عن العدالة واثباتها .

ومنه أيضاً تضمين الساعى مع مخالفته للقواعد من أن الضمان على المباشر دون المتسبب لفساد الزمان أيضاً .

---

(١) يقول الأتاسى فى شرح المجلة العدلية ج ١ ص ٧٦ : ان أخذ الأجر على هذه الأشياء يعلل بالضرورة لا بالحاجة ، ونقل عن رد المحتار بأنه قد اتفقت كلمتهم قاطبة على التعليل بالضرورة ، وهى خشية ضياع القرآن ، وتلك الأحكام الدينية . اذ مبنى الضرورة على فعل ما لابد منه للتخلص من عهدة العبد ولا يسعه الترك ، والحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه كالاستصناع مثلا . اهـ .

وهكذا نجد كثيراً من الأحكام وبخاصة الأحكام الاجتهادية التى استنبطها الأئمة تغيرت تبعاً لتغير العادات وفساد الزمان ، ولم يكن ذلك بدعاً من هؤلاء بل هو أصل مقرر من صدر الاسلام .

فقد روى ابن سعد فى طبقاته (١) فى ترجمة شريح القاضى بسند الى أبى البخترى أنه جاء الى شريح فقال له : ما الذى أحدثت فى القضاء ؟ ، فقال : « ان الناس قد أحدثوا فأحدثت » .

وروى عن اياس بن معاويه أنه قال : قيسوا القضاء ما صلح الناس فاذا فسد فاستحسنوا ، ثم قال ما وجدت القضاء الا ما يستحسن الناس » .

وفى هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » (٢) .

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ فى صراحة تامة عن كثير من العلماء فى العصور المختلفة ، وصرح بعضهم بأن هذا التغيير لا يحتاج الى اجتهاد من الفقهاء المقلدين ، وأن الابقاء على الحكم مع تغير العادة مخالف للاجماع .

فالقرافى المالكى يجيب فى بعض كتبه (٣) عن سؤال موضوعه الأحكام المترتبة على العرف فى المذاهب هل يفتى بها كما هى أم تتغير تبعاً لتغيره . فيقول : « ان جرى هذه الأحكام التى مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة فى الدين ، بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ماتقتضيه العادة المتجددة ، وليس تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد »

---

(١) جـ ٦ ص ٩١

(٢) الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٧٧

(٣) كتاب الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ فى جواب السؤال التاسع والثلاثين .

ويقول فى فروقه (١) فى الفرق بين قاعدة العرف القولى والعرف العملى فى صدد اعتبار العرف وتغيره: « فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك ، بل اذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك ، فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبدا ضلال فى الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

وصاحب تهذيب الفروق (٢) فى هذا الموضع يقول : « واذا كان الشىء عيباً فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع ، فاذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بينهم نعم قد يقع الخلاف بينهم فى تحقيقه هل وجد أم لا » ؟

وابن القيم فى بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد يقول (٣) : « هذا فصل عظيم النفع جداً وقد وقع

(١) جـ ١ ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢) جـ ١ ص ١٩١

(٣) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٧ ، وقد توسع ابن القيم فى هذا الباب فذكر أمثلة للأحكام التى تتغير بتغير العرف ، عد منها الأصناف التى تخرج منها زكاة الفطر فيقول : ان رسول الله حينما فرضها صاعاً من تمر أو شعير أو زبيب أو صاعاً من اقط كانت هى غالب أقواتهم بالمدينة . فاذا وجد أهل بلد قوتهم من غير هذه الأصناف وجب عليهم صاع من قوتهم ، ولو كان قوتهم من غير الحبوب كاللبن واللحم والسمك أخرجوا فطرتهم من قوتهم كائناً ما كان . اذ المقصود سد خلة المساكين فى هذا اليوم . لقول الرسول : «أغنوهم فى هذا اليوم عن المسألة» . وتدرج من ذلك الى جواز اخراج الأطعمة المتخذة للعيد ممن اعتاد اتخاذ الأطعمة قال : ونص الشارع على هذه الأنواع لأنهم لم يعتادوا اتخاذ أطعمة خاصة يوم العيد ، بل كان قوتهم فيه كقوتهم فى سائر الأيام ... وتكلم كذلك على حديث ايجاب رد صاع من تمر بدل لبن المصراة عند ردها بأن بعض الفقهاء جعله حكماً عاماً فى جميع البلدان ، فيرد صاعاً منه ان وجد والا رد قيمة صاع من التمر وبعضهم لم يجعله عاماً ، بل أوجب رد صاع من قوت البلد الغالب قمحا كان أو شعيراً أو ذرة واختار هذا ، وقال: انه الأقرب الى مقصود الشارع ومصلحة المتعاقدين من ايجاب قيمة صاع من التمر فى موضعه .

بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل اليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التى فى أعلى مراتب المصالح لا تأتى به » .

وابن عابدين الحنفى فى رسالته نشر العرف يقول : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » .

وعلى ذلك يجب مراعاة العرف فى الأحكام التابعة له ، فكلما تغير غيرنا الحكم تبعاً له ، والا وصلنا الى أمر فى غاية القبح .

فمثلا نجد الشاطبى فى موافقاته [1] يقرر حسب زمنه أن كشف الرأس للرجال قبيح لذوى المروءات فى البلاد المشرقية ، فيكون قادحاً فى العدالة ، وفى البلاد المغربية غير قبيح فلا يقدح فيها .

والآن قد تغيرت العادة فى بلادنا وأصبح كشف الرأس عادة لا قبح فيها ، فهل نبقى الحكم الأول ونجعله قادحاً فى العدالة ، فترد شهادة كل من كشف رأسه ؟!!

هذا هو حظ العرف فى فقه الاسلام من جهة بناء الأحكام عليه ، فيقوى على انشاء أحكام لحوادث ليس فيها نص ، واذا تعارض مع النص خصصه ، كما يترك به القياس ، وأن الأحكام المبنية عليه تتغير تبعاً لتغيره ، وأن منشأ دلالته ليس مجرد كونه أمراً متعارفاً ، بل ما أنبأ عنه من المصلحة

---

(1) جـ ٢ ص ٢٨٤

وحينئذ لا نرى معنى لاشتراط عمومه عموماً شاملا، لأن المصلحة يعمل بها سواء أكانت عامة فى البلدان كلها أم فى بلد معين ، ولهذا قيل فى القواعد « العادة محكمة عامة كانت أو خاصة » .

العرف المخالف للنص من كل وجه

أما العرف الذى يخالف النصوص الشرعية من كل وجه فانه يكون عرفاً فاسداً ، ولذلك نجد هذه الأعراف كلها منكرات ، كتعارفهم على شرب الخمر ، والتعامل بالربا ، وما يجرى فى المآتم والأفراح والموالد من مفاسد.

وما اعتادوه فى أزيائهم مما كان مبعثه مجرد التقليد الأعمى أو تحقيق شهوة .

مرتبة العرف بين الأدلة

واذا كان العرف يرجع فى غالب صوره الى المصلحة التى دعت اليها الحاجة فتكون مرتبته بين الأدلة مرتبة المصلحة ، وهى قد تكون مرسلة أى لا تعارض دليلا من الأدلة الشرعية ، وقد تكون معارضة لدليل آخر ، فان كان قياساً قدمت عليه لأنها مصلحة محققة ، ومصلحة القياس محتملة وان كان نصاً . فان كانت المعارضة كلية ألغيت ، وان كانت جزئية خصص النص بها ، فيعمل بها فى موضع التعارض ، ويعمل بالنص فيما عدا هذا الموضع وإعمال الدليلين ما أمكن أولى من ابطال أحدهما .

ولا شك فى أن هذه المصلحة التى دعت اليها الحاجة العامة أو الخاصة دليل من الأدلة التى يستند اليها فى اثبات الأحكام ، وهى ليست مجرد رأى، بل حجيتها ثابتة بالنصوص الكثيرة النافية للحرج ، والداعية الى التيسير وعدم التعسير .

وهنا يثور التساؤل عن الفرق بين النوعين العرف المعارض للنص معارضة كلية ، والمعارض معارضة جزئية حيث حكم بفساد الأول واعتبر الثانى صحيحاً مع اتفاقهما فى المخالفة للنصوص .

وجوابنا على ذلك : ان المعارضة الكلية فيها الغاء النص وابطال لعمله ، وهو قريب من النسخ ان لم يكن عينه ، فلو صححنا العمل بهذا النوع من العرف لأدى الى النسخ ، ولا نسخ بعد عصر الرسالة بالاجماع ، أما المعارضة الجزئية فهى لا تلغى النص ولا تبطله ، بل يبقى العمل به فيما عدا موضع العرف ، فلا يكون العمل بالعرف فى هذه الحالة نسخاً ، وأقصى ما فيه أن يكون تخصيصاً ، والتخصيص مشروع وباق بعد عصر الرسالة ، فكما كان التخصيص فى عصر الوحى بالنص يكون بعده بالقياس والمصلحة والاستحسان ، وهى أنواع من الاجتهاد المأذون فيها الى قيام الساعة ، وعندئذ يكون العرف المخصص عملا مشروعاً ، والعرف الناسخ غير مشروع[1] فافترقا .

وما العرف المخصص الا عملية استثناء بعض أفراد النص العام واخراجها من حكمه ، فيدخل تحت مبدأ الاستثناء المقرر صراحة فى القرآن كما سيأتى توضيحه فيما بعد .

النصوص التى يقوى العرف على تخصيصها

ومما ينبغى ملاحظته هنا أن العرف لا يخصص الا النصوص الظنية ، أما القطعية فلا يقوى على تخصيصها ، لأن التخصيص فرع التعارض ، والتعارض يستلزم التساوى ، والعرف على أى صورة وقع لايرقى الى مرتبة النصوص القطعية حتى يعارضها فيخصصها (٢) .

---

(١) والمقرر فى القوانين الوضعية أن العرف لا يلغى التشريع مهما كان . لأن الالغاء لا يملكه الا من ملك الاصدار أو بمن هو أعلى منه . فالقاعدة القانونية لا يلغيها الا قاعدة قانونية مثلها تكون صادرة من نفس المصدر الذى أصدر الأولى أو مصدر رسمى آخر أعلى من ذلك المصدر ، المدخل للدكتور كيره .

(٢) قد يقال : اذا كان مرد العرف الى المصلحة فانه يقوى على المعارضة فيما اذا كانت المصلحة التى نشأ عنها ضرورية . والجواب أن التخصيص فى هذه الحالة ليس بالعرف ولا بالمصلحة وانما هو بدليل قطعى ورد فى القرآن "الا ما اضطررتم اليه" وما فى معناها من الآيات .

وأنت اذا استقرأت النصوص التى خصصت بالعرف فى عهد الرسول أو بعده وجدتها كلها نصوصاً ظنية ، لأنها أحاديث ثبتت بطريق الظن لا بطريق القطع فوق أن دلالتها قد تكون ظنية لاحتمالها لأكثر من معنى .

والآية التى روى عن الامام مالك أنه خصصها بالعرف ، وهى آية "والوالدات يرضعن أولادهن" وان كانت قطعية الثبوت الا أنها ظنية الدلالة ، لأنها تحتمل معنيين ، كما يقول القرطبى فى تفسيره ، وابن العربى فى أحكام القرآن وعبارة القرطبى (١) «واختلف الناس فى الرضاع هل هو حق للأم أم هو حق عليها ، واللفظ محتمل ، لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال «وعلى الوالدات رضاع أولادهن» كما قال تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن" ، ولكن هو عليها فى حال الزوجية ، وهو عرف يلزم ، اذ قد صار كالشرط الا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط» .

مدى سلطان العرف

هذا وعمل العرف باعتبار موضوعه يتبع قلة النصوص وكثرتها ، فكلما كثرت النصوص ضاقت دائرة العرف ، فاذا قلت اتسعت دائرته ولذلك نجد الفقهاء يجعلون عمله فى المعاملات التجارية التى تتجدد وتتنوع على مر الزمن أكثر من غيرها .

فاذا كان رجال القانون صرحوا بأن سلطان العرف فى القانون التجارى أوسع من بقية الفروع فهو كذلك فى فقه الاسلام ، حتى صار من قواعدهم المشهورة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» يريدون بها أن ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التى هى من نوع التجارة ينصرف عند الاطلاق الى العرف والعادة (٢)

---

(١) ج ٣ ص ١٦١

(٢) راجع المجلة العدلية بشرح الاتاسى ج ١ ص ١٠١

العرف وتطبيق الأحكام

وللعرف عمل آخر لا يقل فى أهميته عن بناء الأحكام عليه ابتداء ، وهو تحكيمه فى تطبيق الأحكام المطلقة التى تختلف باختلاف البيئات والأزمان فهذه الأحكام يفسرها العرف .

من ذلك أن الله أوجب نفقة الزوجات بقوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته" ، فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع ، ولم تبين مقدارها ، فقدرها بعض الفقهاء ، وتركها آخرون للعرف . يقول ابن قدامة الحنبلى (١) فى شأن نفقة الزوجة : « ولأن الشرع ورد بالانفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير ، فوجب أن يرد الى العرف كما فى القبض والاحراز » .

ونستطيع أن نقول : ان الذين قدروها لم يجاوزوا العرف ، لأنهم راعوا عرف زمانهم فى تقديرها .

ومنه أن الله شرع الشهادة ، وجعل العدالة شرطاً فى قبولها ، «وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، والعدالة كما يقول السرخسى فى مبسوطه (٢) : « هى الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانه يعتبر منه القدر الممكن ، وهو انزجاره عما يعتقده حراماً فى دينه » ، أو « أن يكون المرء مجتنباً للكبائر ولا يكون مصراً على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه » . كما نقله الزيلعى (٣) عن أبى يوسف ، أو « هى اجتناب الكبائر والاصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة » كما يقول ابن نجيم (٤) .

ومع اختلافهم فى تعريفها فقد اتفقوا على أنها تسقط بفعل ما يخل بالمروءة (٥) . وهو أمر يشين الانسان ويدل على حقارة نفسه عند أهل الفضل من الناس .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٥٦٦

(٢) جـ ١٦ ص ١١٣

(٣) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٢٥

(٤) البحر جـ ٧ ص ١٠٠

(٥) يقول ابن نجيم فى الموضع السابق : المروءة هى أن لا يأتى الانسان ما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل . فترك المروءة أو فعل ما يخل بها مسقط للعدالة .

وما يخل بالمروءة قد يكون أمراً ثابتاً لا يتبدل ، وقد يكون أمراً متغيراً يختلف باختلاف الأزمان والبيئات كتعاطى الحرف الدنيئة ، وكشف الرأس للرجال والأكل فى الطرقات ، وما شاكل ذلك ، ففى هذا النوع المتغير يرجع الى العرف ليبين منه مايخل بالمروءة المسقط للعدالة الذى ترد به الشهادة .

ومنه التعزير على المنكرات المتروك لولاة الأمر تقديره ، فانه يختلف باختلاف البيئات والأزمان ، فرب فعل يعتبر تعزيراً فى مكان دون آخر ، أو عند بعض الناس دون غيرهم ، فالكلمة الشديدة تؤلم الكريم ولا أثر لها فى نفس اللئيم .

ولما أوجب الشارع قطع اليد فى سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز بل وكله الى عرف الناس ، لأنه يختلف باختلاف الأموال ، فحرز النقود غير حرز الثياب ، وهما غير حرز الحيوان والحبوب ، ومثله فى ذلك الحرز الذى تحفظ فيه الوديعة ، حتى لو وضعها فى غير حرزها المتعارف ، وضاعت ضمنها لاهماله فى حفظها .

ومن ذلك أيضاً أن الشارع أثبت الخيار للمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً ، ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم ، كما يختلف باختلاف أثره فى الشيء وقيمته وكله جمهور الفقهاء الى العرف ، حتى عرفوه . بأنه نقيصة موجبة لنقص قيمة الشيء فى عرف أهله الذين لهم خبرة فيه سواء أكانوا تجاراً أم صناعاً .

فالعيب فى الشيء الذى يتاجر فيه يرجع الى تجار هذا الصنف لمعرفة عيوبه ، والعيب فى الصنعة يرجع فيه الى أهل الخبرة فى هذه الصنعة ، فلا يرجع الى النجارين فى عيب الصياغة مثلا ولا العكس . فابن الهمام فى فتح القدير (١) يقول : والمرجع فى كونه عيباً أولا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات . وبهذا قالت الأئمة الثلاثة (٢) .

---

(١) جـ ٥ ص ١٥٣

(٢) راجع للحنفية فتح القدير فى الموضع السابق ، والعناية ، والبحر جـ ٦ ص ٤١ وما بعدها ، ومجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٤١ ، وللمالكية الشرح الكبير جـ ٤ ص ٨٥ ، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٥٢ ، وللحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٥٢ . والفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٢٤٨

وأكثر من ذلك أن المالكية فى خيار الشرط - الذى ورد النص به وحدد مدته بثلاثة أيام فى حديث حبان بن منقذ - يذهبون الى أن العرف هو المحدد لمدته ، وهى تختلف باختلاف السلع فلا تتقيد بثلاثة أيام ولا بغيرها قالوا : لأنه مشروع للتروى ، حتى سمى خيار التروى ، وهو يختلف عادة باختلاف السلع ففوض الى العرف (1) .

ومن ذلك أن رسول الله علق ملكية الأرض الموات على احيائها فى حديث « من أحيا أرضاً مواتاً فهى له » ، لكنه لم يبين بم يتحقق الاحياء فاختلف الفقهاء فى بيانه . فالحنابلة فوضوا بيانه الى العرف ، فما يعده العرف احياء يكون مفيدا للتملك ، والفقهاء الذين حددوا للاحياء أفعالا خاصة لم يخرجوا عن ذلك - على التحقيق - لأن تحديدهم لم يكن بنص روى لهم بل اتبعوا فيه عرف زمنهم .

وفقهاء الشافعية حينما اعتبروا خيار المجلس وأن التفرق مبطل له فوضوا معرفة التفرق الى العرف ، فما يعده العرف تفرقاً يبطل به الخيار .

وفى بطون كتب الفقه فى المذاهب المختلفة كثير من تلك الأحكام المطلقة المفوضة الى العرف مما اتفق عليه الفقهاء أو اختلفوا فيه .

ومما يلاحظ هنا أن هذا النوع من العرف لا ينكره أحد من الفقهاء ، فهم متفقون عليه كمبدأ ، واختلافهم فى بعض الجزئيات يرجع الى الاختلاف فيها أهى مطلقة لم تبين فيرجع الى العرف فى بيانها ، أم ورد فيها بيان فليست من الاطلاق فى شىء ؟

وأما النوع الأول فهو موضع خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من اعترف به ، ومنهم من أنكره ، أو على الأقل أنكر منه ما يعارض النصوص

---

(1) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ ، وشرح النفراوى على الرسالة ج ٢ ص ٢٥١

على الوجه الذى بيناه من قبل ، وبخاصة بعد أن رجعت دلالة العرف الى المصلحة التى نشأ عنها ، والمصلحة لم يتفق الفقهاء على العمل بها ، أو على مدى دلالتها .

العرف وتفسير النصوص

وبعد هذا وذاك نجد للعرف أثراً كبيراً فى تفسير النصوص . سواء أكانت من الشارع أم من غيره ، فالأعراف الموجودة حين نزول الوحى تحمل عليها الألفاظ التى لم يرد عن الشارع تفسير صريح لها .

يقول الأمام الشاطبى فى موافقاته (١): « لابد لمن أراد الخوض فى علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب فى أقوالها وأفعالها ومجارى عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله، لأن الجهل بها موقع فى الاشكالات التى يتعذر الخروج منها الا بهذه المعرفة » .

وقرر الفقهاء أن صيغ العقود والعبارات المنشئة للتصرفات يرجع فى تفسيرها الى العرف .

جاء فى قواعدهم « مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف » .

ومن هنا قالوا : « ان الأيمان تبنى على العرف » . فلو حلف لا يدخل بيتاً لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد مع أن الله سمى الكعبة بيتاً فى قوله تعالى "ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركاً " (٢) ، والمساجد بيوتاً فى قوله "فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه" (٣) .

ولو حلف لا يأكل خبزاً وكان معتاد بلده أكل خبز القمح فلا يحنث بأكل خبز غيره من الذرة والشعير والأرز ، ولو حلف لا يجلس تحت سقف لا يحنث بجلوسه فى العراء تحت السماء وان سماها الله سقفاً " وجعلنا

---

(١) جـ ٣ ص ١٥١

(٢) آل عمران — ٩٦

(٣) النور — ٣٦

السماء سقفاً محفوظاً " (١) ، ولو حلف لا يجلس على بساط وجلس على الأرض لا يحنث مع قوله تعالى " والله جعل لكم الأرض بساطاً " (٢) ولو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل السمك وان سماه الله فى القرآن لحما . " وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا" (٣) . ومثل ذلك كثير فى كتب الفقه .

العرف والترجيح

والعرف من وراء ذلك كله يعتبر قرينة مرجحة عند التنازع فى الحقوق .

فاذا اختلف الزوج وزوجته فى متاع البيت ، ولا بينة لواحد منهما حكم العرف ، فما يقضى بكونه من اختصاص الرجل يحكم له به بعد يمينه ، وما يقضى بكونه من اختصاص المرأة يحكم لها به مع اليمين الا اذا كان أحدهما له تجارة أو صنعة فيما يصلح للآخر .

واذا اختلف الأب وابنته فيما ساقه من متاع الى بيت زوجها ، فقال الأب هو عارية وطالب برده ، وقالت : هو هبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما ، فاذا اعتاد الناس الهبة قبل قولها ، وان اعتادوا الاعارة حكم للأب بالرد .

كما قرر الفقهاء أن العرف يقضى على الدعوى من أساسها فلا تسمع اذا كانت مخالفة له .

فلو ادعى فقير محتاج بائس على رجل من أهل اليسار أنه اقترض منه مبلغاً كبيراً من المال لا تسمع هذه الدعوى لمخالفتها للعرف .

---

(١) الأنبياء — ٣٢
(٢) نوح — ١٩
(٣) النحل — ١٤

وعلى هذا منعوا سماع الدعوى اذا تركها صاحبها مدة طويلة بدون عذر ، لأن العرف يكذبه ، اذ العادة جرت بأن الانسان لا يسكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع تمكنه منها (١) .

هذا هو عمل العرف فى الاسلام . انشاء وتفسير ، وتطبيق وترجيح لم يقف وراء أسوار النصوص ، بل دخلها أو أُدخلها ليعمل معها بقدر ما أعطى من سلطان ، فهو يعتبر ـ بحق ـ نافذة من نوافذ الفقه الاسلامى التى يطل منها على حياة الناس الواقعية ، فيسلط عليها الأضواء لتنير الطريق للسائرين كيلا تلتوى بهم السبل ، وليميز الخبيث من الطيب ، فاذا ما انكشفت الحقائق أقر منها الصالح النافع وألغى الفاسد الضار .

طبيعة الفقه الاسلامى وأثر مصادره فى تحقيق واقعيته

تلك هى أهم الشبه التى أثيرت حول واقعية الفقه الاسلامى ، والتى حجبت عن أعين المقلدين للفقهاء الغربيين وغيرهم من المستشرقين ما فى هذا الفقه من نور وضياء حيناً من الدهر. ناقشناها فى هدوء ، وبينا ما انطوت عليه من زيف وبعد عن الحقيقة ، وبهذا نكون قد انتهينا من القسم الأول من البحث فننتقل الى القسم الثانى منه لنثبت واقعيته من واقع مصادره التى يستند اليها وطريقة تكوينه .

من الناس من يظن أن الفقه الاسلامى مجرد أوامر محددة ، ونواه معددة بانيا ظنه هذا على أنه تشريع جاء لأمة بدائية بعيدة عن الرقى ، فى أرض صحراوية لا حظ لها من المدنية ، وفى فترة معينة من الزمن مضى عليها القرون الطويلة ، وأنىّ لمثل هذا الفقه أن يساير الزمن ، أو يلائم تطور المدنيات ؟ ! مع أن المشاهد المحسوس يدل فى صراحة على أن اختلاف التشريع فى الأمم يتبع اختلاف الحياة الاجتماعية والرقى فيها ، فكلما صعدت أمة درجة من درجات الرقى ارتقى التشريع معها بما يوازى هذا الرقى .

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم .

وهذا ظن خاطىء لا يغنى من الحق شيئاً ، بل هو وهم جاء وليد نظرتهم التاريخية لهذا الفقه ، فالمؤرخ كما يربط بين الحوادث وأزمانها ثم يصدر حكمه عليها ، كذلك يجعل حكمه على القانون مرتبطاً بالزمن الذى وجد فيه ، والحياة الاجتماعية التى عاصرها ، فيجعل من رقى الأمة رقياً لقانونها ، ومن تأخرها وانحطاطها تأخراً له وانحطاطاً .

وهى نظرة خاطئة كما صرح بذلك الدكتور السنهورى فى بعض مقالاته حيث يقول :

" اذا كان بعض المستشرقين خيل اليه أن مبادىء الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور فذلك يرجع الى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون ، فهم ينظرون اليها نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه والا فان رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين فى نظرتهم لها" .

وتلك – لعمرى – مقالة صدق ما كانت تصدر من أستاذ القانون لولا أنه درس الفقه الاسلامى دراسة عميقة عن رغبة دافعة ، ووازن بينه وبين القوانين الزاحفة علينا من الغرب ، وخرج من تلك المقارنة بالاشادة بما فى فقه الاسلام من مزايا عديدة – فى مناسبات مختلفة – قل أن يوجد بعضها فى أرقى القوانين الأجنبية .

فالدراسة والمقارنة بغير تعصب يسلمان دائماً الى الاعتراف بتفوق الفقه الاسلامى على غيره . ولعل من أقرب الشواهد على ذلك ما نقل عن الأستاذ « لامبير » القانونى الفرنسى فى غير موضع من كتبه من اعترافات بما فى الفقه الاسلامى من ذخائر يحتاج اليها المقنن والقانون ، واعجابه البالغ بما فى المذاهب الاسلامية من نظريات ، حتى قيل : انه هو الذى لفت نظر رجال القانون ودارسيه فى مصر الى ذلك حينما كان أستاذاً للقانون فى جامعتنا .

وهذا رجل آخر من رجال القانون الانجليز – وهو المستر ولز – يعترف بأن الشريعة الاسلامية هى الشريعة التى تساير المدنيات أنى سارت يعترف بذلك بعد دراسة واسعة لها فى مصدرها الأول وهو القرآن . فيقول[1] : « كل شريعة لا تسير مع المدنية فى كل طور من أطوارها فاضرب بها عرض الحائط ولا تبالى بها ، لأن الشريعة التى لا تسير مع المدنية جنباً الى جنب لهى شر مستطير على أصحابها تجرهم الى الهلاك وأن الشريعة التى وجدتها تسير مع المدنية أنى سارت هى الشريعة الاسلامية ، واذا أراد انسان أن يعرف شيئاً من هذا فليقرأ القرآن وما فيه من نظريات علمية ، وقوانين وأنظمة لربط المجتمع فهو كتاب دينى علمى اجتماعى تهذيبى خلقى تاريخى ، وكثير من أنظمته وقوانينه تستعمل حتى فى وقتنا الحالى ، وستبقى مستعملة حتى قيام الساعة ، وهل فى استطاعة انسان أن يأتينى بدور من الأدوار كانت فيه الشريعة الاسلامية مغايرة للمدنية والتقدم » .

ولم يقتصر الأمر على رجال القانون ، بل تعداه الى الكتاب والمفكرين فاعترفوا بتطور هذه الشريعة نذكر منهم الكاتب الفرنسى « پيير لوتى » اذ يقول (٢) :

"عندنا نحن الأوربيين يعتبر من الحقائق الثابتة أن الاسلام هو دين من أديان الظلام الفكرى التى تحول بين معتنقيها والنور ، وهو يجلب الركود الى الشعوب ، ويضع أمامها العقبات فى سيرها نحو ذلك المجهول الذى ندعوه « بالتقدم » وهذا يدل – قبل كل شىء – على الجهل المطلق بتعاليم النبى ، وفوق ذلك هو نسيان مذهل لشهادة التاريخ ، لأن الاسلام منذ القرن الأول قد جعل يتطور ويتقدم مع الأجناس المتباينة ، ونحن نعرف أى صعود سريع ذلك الذى منح الناس اياه ابان حكم الخلفاء الأولين" .

---

(١) مقال للأستاذ محرم فهيم منشور بمجلة المحاماة الشرعية العدد العاشر من السنة الخامسة عشرة.

(٢) نقلناه عن كتاب « هذا هو الاسلام » للدكتور محمد غلاب ص ٣١

ولقد عقد البحاثة الأمريكى « هوكنج » أستاذ الفلسفة بجامعة هارفرد فصلا مستفيضاً عن مصير الثقافة الاسلامية فى كتابه « روح السياسة العالمية »[1] جاء فيه : « أن سبيل تقدم الممالك الاسلامية ليس فى اتخاذ الأساليب الغربية التى تدعى أن الدين ليس له أن يقول شيئاً عن حياة الفرد اليومية وعن القانون والنظم السياوية ، وانما يجب أن يجد المرء فى الدين مصدراً للنمو والتقدم ، وأحياناً يتساءل البعض عما إذا كان نظام الاسلام يستطيع توليد أفكار جديدة ، واصدار أحكام مستقله تتفق وما تتطلبه الحياة العصرية ، فالجواب عن هذه المسألة هو أن فى نظام الاسلام كل استعداد داخلى للنمو ، لا بل إنه من حيث قابليته للتطور يفضل كثيراً من النظم المماثلة ، والصعوبة لم تكن فى انعدام وسائل النمو والنهضة فى الشرع الاسلامى ، وانما فى انعدام الميل إلى استخدامها ، وإنى أشعر بكونى على حق حين أقرر أن الشريعة الاسلامية تحتوى بوفرة على جميع المبادىء اللازمة للنهوض » .

ويقول الدكتور " أزيكو أنسابا توحين " فى كتابه « الاسلام وسياسة الخلفاء »[2] : « إن الاسلام يتمشى مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع أن يتطور دون أن يتضاءل فى خلال القرون ، ويبقى محتفظاً بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة : فهو الذى أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً وشريعة تفوق فى كثير من تفاصيلها الشرائع الأوربية » .

هذه بعض شهادات فقهاء القانون والمفكرين لم نسقها لنثبت بها صلاحية الفقه الاسلامى وملاءمته للواقع ، بل سقناها لنذكر بها جماعة المقلدين ، فلا يزال عندنا طائفة ممن ينتسبون إلى القانون لا يعترفون إلا بما يعترف به الأجنبى .

---

(١) ، (٢) عن كتاب روح التشريع الاسلامى للأستاذ عفيف طباره ص ٢٥٦

ولأن هذا الفقه يحمل معه شهادة الملاءمة والواقعية من وجوه عديدة . منها

(أولا) انه عبارة عن مجموعة الأحكام العملية المأخوذة من كتاب الله وسنة رسوله صراحة أو استنباطاً منهما ، أو بواسطة القياس على ما فيهما ، أو استناداً إلى المبادىء والقواعد العامة التى جاءت بها تلك النصوص فهو فى أغلب مسائله فهم يمن الله به على من يشاء من عباده المشتغلين بما جاء به الرسول الكريم من وحى السماء ، كما تدل عليه نفس كلمة فقه ، فانها فى أصل وضعها تدل على الفهم .

تراث خالد تكون على مر السنين ، وضع الفقهاء من أصحاب رسول الله ومن جاء بعدهم من المجتهدين لبناته على الأسس القويمة التى كملت فى فترة نزول الوحي "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا" (١)، فقه يدور فى فلك الرسالة التى جعلها الله رحمة للناس "وما أرسلناك الا رحمة للعالمين" (٢) لجدير بأن يظل رحمة للناس .

(وثانياً) ان هذا الفقه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهى الشريعة التى ارتضاها الله للناس جميعاً "إن الدين عند الله الاسلام" (٣) " ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه" (٤)

وهى شريعته الى الناس كافة لا تخص قوماً دون آخرين "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيرا ولكن أكثر الناس لا يعلمون" (٥) "وأرسلناك للناس رسولا وكفى بالله شهيداً" (٦)،"قل يأيها الناس إنى رسول الله اليكم جميعاً الذى له ملك السموات والأرض" (٧)

---

(١) المائدة — ٣
(٢) الأنبياء — ١٠٧
(٣) آل عمران — ١٩
(٤) آل عمران — ٨٥
(٥) سبأ — ٢٨
(٦) النساء — ٧٩
(٧) الاعراف — ١٥٨

أنزلها الله على خاتم الرسل والنبيين "ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليما"(١)، ثم هى رحمة الله الى خلقه "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين".

وبعد ذلك كله هى الشريعة التى تكفل الله بحفظ أصل أصولها، وهو القرآن "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون" (٢)

فشريعة عامة، ولم يكن قبلها الا شرائع خاصة، لم يحدد لها وقت، وكل ما سبقها من شرائع كانت موقوتة، ختم بها الرسالات، فليس بعدها رسالة، تكفل الله بحفظها فبقيت محفوظة عبر القرون الطويلة التى مضت من عمرها، ولم يتكفل بحفظ غيرها من الشرائع السابقة، فكثر فيها التحريف والتبديل، فلم كل هذا ؟!

أليس ذلك من أوضح الأدلة على أن هذه الشريعة صالحة للعمل (٣) بها الى قيام الساعة، حتى يرث الله الأرض ومن عليها، وحاش لله أن يشرع

---

(١) الأحزاب — ٤٠

(٢) الحجر — ٩

(٣) ونزيدك أيها القارىء ايضاحاً فنقول : جرت سنة الله فى ارسال الرسل أن يؤيدهم بالمعجزات، وهى أمور خارقة للعادة ليست فى متناول البشر، وكانت معجزات الرسل السابقين أموراً حسية يشاهدها من كان موجوداً فى زمنها، وأما محمد خاتم الرسل فقد أيده الله بمعجزة من نوع آخر، أيده بالقرآن، تحدى به العرب فعجزوا، حتى سجل القرآن نفسه عليهم العجز الدائم المستمر، واذا عجز العرب وهم أهل الفصاحة والبلاغة كان غيرهم أشد عجزاً منهم.

وعجزهم دليل قاطع على أنه ليس من كلام البشر، وبه ثبتت رسالته صلى الله عليه وسلم، ولكن اعجاز القرآن لم يكن من جهة الحس حتى يكون قاصراً فى الزامه لمن كان موجوداً فى عصر نزوله، بل اعجازه من جهة العقل، وهولا يقتصر على وقت خاص، فاذا أضفنا الى هذا تكفل الله بحفظه كان ذلك دليلا على أن الله أراد بقاء اعجازه، وبقاء الاعجاز دليل على بقاء الرسالة.

فهذه الرسالة باقية ما بقى اعجاز القرآن، واعجاز القرآن باق ما بقى القرآن، والقرآن موجود لم يدخله تبديل ولا تغيير، فالرسالة باقية، وفى بقاء الرسالة بقاء للشريعة، والله لا يشرع لعباده ما يتنافى مع مصالحهم، فالنتيجة أن هذه الشريعة ملائمة للناس فى كل وقت، وملاءمتها

لعباده – وهو العليم الخبير بأحوالهم – ما لا يتلاءم معهم ، أو يتركهم من غير تشريع فترة من الزمن مع قوله الصريح : "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" (1) .

= مرتبطة ارتباطاً كلياً ببقاء القرآن كما هو محفوظاً عن التبديل والتحريف ، وأن رسالة محمد خاتمة الرسالات .

ومن هنا جاء تشكيل المغرضين فى الأمرين ، فشكك بعض المستشرقين فى بقاء القرآن كما أنزل فزعموا أنه غير وبدل ، ودخله الحذف والزيادة .

ولقد كفانا شر هؤلاء رد المنصفين منهم ، فقد اعترفوا بالحقيقة ، بل أثبتوها بأدلة منطقية لا تقبل التشكيك ، وقالوا فى صراحة : ان هذا القرآن المقروء المدون فى المصاحف الآن هو الذى نزل به الوحى على محمد .

نقل ذلك الدكتور "محمد حسين هيكل" فى مقدمة الطبعة الثانية لكتابه "حياة محمد" ص ٣١ وما بعدها عن المستشرق الانجليزى "السير وليم مور" فى كتابه حياة محمد .

وشكك آخرون فى أن رسالة محمد خاتمة الرسالات فقالوا : ان القرآن أخبر بأنه خاتم النبيين ، ولم يوجد دليل يدل على أنه خاتم الرسل ، فن أين نجزم بأنه لا رسالة بعده ؟

وهذا بين الفساد ، لأن نفى النبوة بعده يستلزم نفى الرسالة بعد رسالته ، فالله وصفه بأنه نبى ورسول فى غير آية "الذين يتبعون الرسول النبى الأمى" ، "ولكن رسول الله وخاتم النبيين" "يأيها النبى اتق الله" ، "يأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك" . فاذا جرينا على أن مفهوم الرسول والنبى واحد – كما ذهب بعض العلماء – كان الأمر ظاهراً فخاتم النبيين هو خاتم الرسل وان جرينا على أنهما غير مترادفين – كما ذهب اليه أكثر العلماء – من أن النبى هو الذى أوحى اليه بشرع ولم يؤمر بتبليغه ، والرسول هو الذى أوحى اليه بشرع أمر بتبليغه ، فيشتركان فى النبأ وهو الايحاء ، ويختص الرسول بالتبليغ ، فالرسول أخص من النبى ، ولقد كان فى بنى اسرائيل أنبياء كثيرون مع أنه لم يرسل اليهم غير موسى وعيسى عليهما السلام .

فاذا أخبر الله عن محمد بأنه خاتم النبيين كان معناه أنه خاتم من يوحى اليهم ، وهو نفى للمعنى الأعم ، وهو النبوة ، ونفى الأعم يستلزم نفى الأخص كما يقول المناطقة ، فثبت بهذه الآية أن محمداً خاتم الأنبياء والرسل ، والتعبير بكونه خاتم النبيين أدل على المطلوب من التعبير بخاتم الرسل ، فقد دلت على قفل باب الوحى بعده ، ولو جاء القرآن بالإخبار بأنه خاتم الرسل ، لبقى باب النبوة مفتوحاً يدخله البر والفاجر ، وتكثر دعاوى الوحى والتغيير فى القرآن ، ولكن الله الذى تكفل بحفظ قرآنه قفل باب الوحى بعد محمد بن عبد الله ليتم حفظ القرآن .

راجع تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٤٩٣ ، وتفسير القرطبى ج ٧ ص ٢٩٨ ، ج ١٤ ص ١٩٦

(1) الاسراء – ١٥ .

« (وثالثاً) اذا رجعنا الى مصادر هذا الفقه التى يستقى منها ، وينابيعه التى يردها رجاله وجدناها كلها تنبض بالحياة وتفيض رحمة ، وتتسع لكل جديد ، وتلتقى مع الواقع فيما يحفظ على الناس مصالحهم ، ويدفع عنهم المفاسد ، فهى لم تكن مجرد نصوص تعبدية يقف عندها العقل عاجزاً والفكر حائراً ، بل هى وحى ورأى ، وحى أوحاه الله الى نبيه ليخرج الناس من الظلمات الى النور ، ورأى يهتدى اليه العقل بعد أن فكت قيوده وطولب بالنظر والتأمل . وحى يتمثل فى كتاب الله وسنة رسوله ، أمرنا برد الأمر اليهما عند التنازع " فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول"[1] وأخبر الرسول بأن التمسك بهما عاصم من الضلال « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى » .

ورأى يتمثل فى الاجتهاد وبذل الوسع على ألوان متنوعة . أقره رسول الله ، بل وسر به « الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله الى ما يرضى الله ورسوله » .

رأى فردى أقره فى حديث معاذ ، وآخر جماعى أمر به وحض عليه فى حديث على « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم » .

فالمصادر اذاً يتعاون فيها العقل مع النقل ، فليست نقلية فقط حتى يكون العقل محجوراً عليه ، ولا عقلية فقط حتى يسير العقل مطلق القياد ، فتتصارع العقول وتختلف ، فيلتوى الأمر ويضطرب .

هذا قدر لا مراء فيه بين العلماء ، بل يكاد ينعقد عليه الاجماع ، لم يخالف فيه الا من شذ ، وهو أمر مقرر فى الاسلام من أيام الرسالة ، وسار عليه الأئمة والفقهاء فيما بعد .

فابن القيم [2] يروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قاضياً ومعلماً قال له : « كيف تصنع

---

(١) النساء — ٥٩

(٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٤٣

ان عرض لك قضاء ؟ » ، قال أقضى بما فى كتاب الله ، قال : « فان لم يكن فى كتاب الله » قال : فبسنة رسول الله ، قال : « فان لم يكن فى سنة رسول الله » قال : أجتهد رأيي ولاآلو ، قال معاذ : فضرب رسول الله صدرى ثم قال : « الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله » .

كما يروى عن سعيد بن المسيب (١) عن على رضى الله عنهما أنه قال : قلت يارسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة ، قال : « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

فهذان الأثران يدلان — فى صراحة — على أن مرجع الأحكام وأصول التشريع ثلاثة . كتاب الله ، وسنة رسوله ، والاجتهاد بالرأى ، اذا لم يكن قرآن ولا سنة ، وهو نوعان . فردى كما دل عليه حديث معاذ ، وجماعى كما صرح به الأثر الثانى ، ولكل من النوعين — اجتهاد الفرد واجتهاد الجماعة — محله الذى يعمل به فيه ، كما يشير الى ذلك موضع السؤال فى الحديثين فمعاذ يذهب للفصل فى الخصومات بين الأفراد ، وهى حوادث فردية لا تتعلق بشأن الجماعة أو الدولة كلها ، ومثل هذا يكفى فيه الاجتهاد الفردى وعلى يسأل عن الأمر العام ينزل بالجماعة «الأمر ينزل بنا» ، وهذا الأمر العام لا يكفى فيه رأى فرد واحد ، بل يحتاج الى رأى الجماعة النابع من مبدأ الشورى المقرر فى القرآن ، وكلمة الأمر فى سؤال على هى هى كلمة الأمر التى جعلت محلا للشورى عندما أمر بها القرآن فى قوله تعالى " وشاورهم فى الأمر " (٢) ، والتى جعلت من صفات المؤمنين فى قوله تعال " وأمرهم شورى بينهم " (٣) .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) آل عمران — ١٥٩

(٣) الشورى — ٣٨ ... ومن يتتبع مواضع مشاورة رسول الله يجد معظمها كانت فى أمور عامة تتعلق بالدولة ، ولهذه كان يشاور فيها أهل الشورى من أصحابه ، ولا يقتصر على فرد منهم وأما فى المسائل الخاصة به فقد كان يكتفى بمشورة البعض ، كما حصل فى قصة حديث الافك حيث شاور عليا فى طلاق عائشة .. راجع تفسير القرطبى ج ٤ ص ٢٥٠ ، وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٥١٨ ، ج ٤ ص ١١٨ ، وتفسير البحر المحيط ج ٢ ص ٩٨

واذا كانت السنة قد بينت مصادر التشريع الثلاثة فالقرآن قررها من قبل فى آيات كثيرة بصريح العبارة ، أو بأشارتها ، فالله يقول " وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق " (١)

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون" (٢)، " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون" (٣)،" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون " (٤)

"وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" (٥)، " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم " (٦)، .

فهذه النصوص وأمثالها صريحة فى حجية القرآن والسنة بعد أن ثبت أنه من عند الله ، وأنه معجزة رسول الله .

أما اجتهاد الجماعة فمقرر فيه ضمن مبدأ الشورى التى هى أساس الحكم فى الاسلام .

وأما اجتهاد الفرد فيدل عليه قوله تعالى " فاعتبروا يا أولى الأبصار"(٧) التى استدل بها الأصوليون على حجية القياس ، وهى وان لم تكن صريحة فى ذلك فلا تخلو من الدلالة عليه ، كما يشير اليه قوله تعالى " فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول " (٨)، فان التنازع يكون عند الاختلاف فى الاجتهاد ، والذى يفصل هذا النزاع هو الرد الى كتاب الله وسنة رسوله ، فيقضى للرأى الأقرب شبهاً بما فيهما ، وكذلك قوله : " فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"(٩)، فانه أمر لكل من لا يعرف الحكم أن يسأل أى واحد

---

(١) المائدة — ٤٨.
(٢) ، (٣) ، (٤) المائدة آيات — ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧
(٥) الحشر — ٧
(٦) النور — ٦٣
(٧) الأنبياء — ٧
(٨) الحشر — ٢
(٩) الأنبياء — ٧

من أهل الذكر لأن سؤال الجميع متعذر ، والآية وان نزلت فى سؤال أهل الكتاب عن أوصاف رسول الله فى كتبهم فهى فى ذاتها بصرف النظر عن سببها تفيد حكماً عاماً .

وأصحاب رسول الله وعلى رأسهم خلفاؤه الراشدون متفقون على هذا ، فالكثرة الكاثرة من الآثار المنقولة عنهم تدل على أن الرأى مصدر من مصادر التشريع يرجع اليه اذا لم تسعفنا النصوص .

فخطتهم العامة هى البحث فى كتاب الله ، ثم السؤال عن سنة رسول الله ، ثم أقول فيها برأيي ، فان يكن صواباً فمن الله ، وان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان .

وفى عصرهم كثر استعمال الرأى لما ظهرت الحاجة اليه ، وبان أنه نوعان : جماعى وفردى ، وأن أولهما مقدم على ثانيهما .

روى البغوى فى مصابيح السنة عن ميمون بن مهران قال : « كان أبو بكر الصديق اذا ورد عليه حكم نظر فى كتاب الله تعالى فان وجد فيه ما يقضى به قضى به ، وان لم يجد فى كتاب الله نظر فى سنة رسول الله ، فان وجد فيها ما يقضى به قضى به ، فان أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء ، فربما قام اليه القوم ، فيقولون : قضى فيه بكذا وكذا ، فان لم يجد سنة سنها النبى جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فاذا اجتمع رأيهم على شىء قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك ، فاذا أعياه أن يجد ذلك فى الكتاب والسنة ، سأل هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ، فان كان لأبى بكر قضاء قضى به ، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم ، فاذا اجتمع رأيهم على شىء قضى به .

وفى رأيى أن هذا منه لم يكن تقليداً لأبى بكر ، بل أخذاً برأى الجماعة ثمرة الشورى ، وقد كان أحد المستشارين بل أكبرهم فى خلافة أبى بكر رضى الله عنهما .

وروى عن ابن مسعود أنه قال – لما أكثروا عليه من السؤال ذات يوم –: «ان الله بلغنا ما ترون ، فمن عرض عليه قضاء بعد اليوم فليقض بما فى كتاب الله ، فان جاءه أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون ، فان جاءه أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه ، ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه ولا يقل انى أرى وانى أخاف ، فان الحلال بيّن والحرام بيّن وبين ذلك مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك » [1]

ولما ولى الفاروق عمر شريحا قضاء الكوفة قال له: "اقض بما استبان لك من قضاء رسول الله ، فان لم تعلم كل أقضية رسول الله فاقض بما استبان لك من قضاء أئمته المهتدين ، فان لم تعلم كل ما قضت به الأئمة المهتدون فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح".

وبعد فترة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطة القويمة الواجب اتباعها فيقول :

" اذا حضرك أمر لابد منه فانظر فى كتاب الله فاقض به ، فان لم يكن ففيما قضى به رسول الله ، فإن لم يكن ففيما قضى به الصالحون وأئمة العدل ، فان لم يكن فأنت بالخيار . ان شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وان شئت أن تؤامرنى ، ولا أرى مؤامرتك إياى إلا خيراً لك والسلام ".

وابن القيم فى إعلام الموقعين يروى هذا الكتاب برواية أخرى عن طريق سفيان الثورى عن الشيبانى عن الشعبى عن شريح ، وهى تختلف عن الرواية السابقة فى بعض الألفاظ ، وفى آخرها يقول : فان جاءك ما ليس فى كتاب الله ولم يكن فيه سنة عن رسول الله ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاتخذ أى الأمرين شئت . ان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وأن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخر الا خيراً لك .

وفى النفس شىء من هذه الرواية ، لما يترتب على العمل بظاهرها من ترك بعض القضايا من غير حكم اذا لم يجد القاضى لها حكماً فى كتاب الله وسنة رسوله ، وما قضى به أئمة العدل قبله ، لأن أمير المؤمنين خير

---

[1] راجع هذه الآثار فى إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٠ ، ص ٧١ .

فيها شريحاً بين التقدم والتأخر ، ثم استحسن التأخر ، وليس هذا الكتاب خاصاً بشريح ، بل هو دستور عام له ولغيره من القضاة ، ومهمة القاضى فصل النزاع بين الخصوم لا ترك بعض الخصومات من غير قضاء .

وهذا يرجح الرواية الأولى من غير شك ، لأنها تخيره بين التقدم بالحكم باجتهاده ، وبين ترك العمل برأيه ومكاتبة أمير المؤمنين لأخذ رأيه ، وأمير المؤمنين لن يترك مشورة من غير أن يرد عليها ، فمجلس الشورى عنده يستشيره فى كل ما يأتيه من قبل الولاة .

ولعل راوى الرواية الأخرى تصرف فيها بفهمه فأخطأ الفهم ، فالرواية الصحيحة تخيره بين الحكم باجتهاده وبين ترك الحكم برأيه ومكاتبة الخليفة ، وهذا خير وأحسن من غير شك ، لأن رأى الخليفة ومن معه من أهل الشورى أقرب الى الصواب من رأى القاضى وحده ، فظن الراوى أنه خيره بين الحكم برأيه وترك الحكم ، فعبر بما يفيد ذلك : ان شئت أن تجتهد فتقدم ، وان شئت أن تتأخر فتأخر .

ولو فسرنا التأخر المطلوب فى هذه الرواية بتأخير الحكم حتى يستشير أهل الصلاح فى بلده ، أو الخليفة لاستقامت ، ولما اختلفت مع الرواية الأخرى .

ومن هنا انقسمت مصادر الفقه الى نوعين . مصادر نقلية ، وأخرى عقلية ، فالنقلية هى التى يكون طريقها النقل ، ولادخل للمجتهد فى تكوينها وايجادها ، والعقلية . هى التى يكون للعقل دخل فى تكوينها ، أو بعبارة أخرى . هى التى تكون من عمل المجتهد (١) .

---

(١) فالقياس مثلا يوجد بصنع المجتهد ، فهو الذى يبحث عن الأصل وعلة الحكم فيه ، ووجودها فى الفرع ، ومساواة الفرع للأصل فى تلك العلة ، ثم بعد هذا يحكم بالمساواة ، أو بالتعدية على الخلاف فى التعبير ، والاستحسان كذلك من صنع المجتهد ، فان كان قياساً خفياً فى مقابلة قياس آخر فأمره ظاهر ، وان كان استثناء من قاعدة عامة فالمجتهد هو الذى بحث فى الحكم العام =

وهذا التقسيم – كما ترى – كان موجوداً من عهد الصحابة ، ولكن بدون تفصيل للأنواع كما حدث حدث بعد زمنهم ، فالمصادر النقلية عندهم هى القرآن والسنة ، وهما مقدمان على كل حال ، وما عداهما فرأى – جماعى أو فردى – لم يأخذ عناوين مختلفة ، كما حدث فى عصر الأئمة أصحاب المذاهب ، فالقياس والمصالح وسد الذرائع والاستحسان وغيرها ألفاظ لم توجد فى عصرهم ، وان كانت حقائقها وجدت فى فتاويهم وأحكامهم

ومرد ذلك الى أن اجتهادهم لم توضع له قيود ولا شروط كما حصل فيما بعد ، بل كانوا يصدرون فى اجتهادهم عن تقديرهم للمصالح حسب فطرتهم السليمة غير متقيدين الا بما يقيدهم به القرآن أو السنة ، فهم فى رحاب القرآن ساروا ، وبهدى السنة النبوية اهتدوا .

ولما تقدم سير الزمن وجاء عصر تميز العلوم نشأت الاصطلاحات وتنوع الرأى الى أنواع اختص كل نوع باسم خاص ، بعد أن وضعت له الشروط والقيود ، وكان منها ما هو موضع وفاق بين الأئمة ، ومنها ماهو مختلف فيه ، حتى ظن بعض الكاتبين [1] أن جديداً حدث فى عالم مصادر الفقه ، وأنه وجد منها ما لم يكن موجوداً فى عصر الصحابة ، ثم رتب على هذا الظن . أن اختلاف الصحابة كان فى الفروع فقط ، والأئمة من بعدهم اختلفوا فى الأصول والفروع معاً ، مستنداً فى ذلك الى أنهم اختلفوا فى الأخذ بالاستحسان والمصالح المرسلة ، وفى بعض أنواع السنة كالحديث المرسل ، وغير ذلك .

= فوجد تطبيقه على جزئية من جزئياته يوقع فى الحرج لتفويت مصلحة هامة ، أو الحاق ضرر فاستثناها من الحكم العام وأثبت لها حكماً آخر ، ومثل ذلك يقال فى المصلحة المرسلة ، فان المجتهد هو الذى يقدر المصلحة التى يستند اليها بعد وزنها بميزان المصالح الشرعية بخلاف القرآن والسنة فإن المجتهد لادخل له فى وجودهما ، وكذلك الاجماع ، فانه وجد وتقرر قبل استدلال المجتهد به ومثله العرف ، فان العرف وجد وتقرر ولا دخل للمجتهد فيه ، فاذا ما وجده مستوفياً شروط الاستناد اليه استند اليه ، ويقال مثل ذلك فى قول الصحابى الذى يستدل به من جاء بعدهم .

(1) راجع أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى للمرحوم الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف . الطبعة السادسة ص ٢٢٢ وما بعدها .

وقد بينت خطأ هذا الرأى فى كتابى « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى »[1] ، وخلصت من ذلك الى أن الأصول واحدة عند الفريقين . غير أنها كانت مجملة فى عهد الصحابة ، ومفصلة الأنواع فى عهد الأئمة فالكل متفق على أن القرآن والسنة والرأى بنوعيه مصادر للفقه ، واختلافهم فى بعض الأنواع يرجع الى توسع البعض وتضييق الآخر فيه .

والذين كتبوا فى أصول الفقه ، وبينوا طرائق الأئمة فى الاستدلال متفقون على هذا التقسيم ، وعلى أن كل نوع غير مستقل تماماً عن الآخر[2] لأن الاستدلال بالمنقول لابد فيه من النظر والتدبر بالعقل ، والاستدلال بالمعقول لا يعتبر شرعاً الا اذا استند فى أصله الى النقل ، ثم اختلفوا بعد هذا وذاك فى عدد هذه الأدلة ، ففريق يحصرها فى ثلاثة . الكتاب والسنة والاجماع ، وفريق آخر يزيد عليها القياس والاستصحاب ، وفريق ثالث يضم اليها الاستحسان والعرف ، ورابع يزيد عليها المصالح وسد الذرائع وفريق خامس يزيد عليها عمل أهل المدينة .

ومن الأصوليين[3] من يزيد على هذا العدد أنواعاً أخرى هى فى حقيقتها اما راجعة الى تلك الأدلة ، أو لا تعتبر دليلا . كالبراءة الأصلية والاستقراء والاستدلال ، والأخذ بالأخف ، وقول المعصوم ، واجماع أهل الكوفة ، واجماع العترة ، واجماع الخلفاء الأربعة .

ومع هذا الاختلاف فى العدّ فهم متفقون على أن الكتاب والسنة هما المصدران الأساسيان اللذان يرجع اليهما كل المصادر الأخرى ،لأن حجية تلك المصادر راجعة اليهما ، وأن كل نزاع أو خلاف يقع بين المجتهدين

---

(1) ص ١٤٦ وما بعدها .

(2) يقول الشاطبى فى موافقاته جـ ٣ ص ٤١ : الأدلة الشرعية ضربان . أحدهما ما يرجع الى النقل ، والثانى ما يرجع الى الرأى ، وهذه القسمة بالنسبة لأصول الأدلة ، والا فكل واحد من الضربين مفتقر الى الآخر ، لأن الاستدلال بالمنقول لابد فيه من النظر كما أن الرأى لا يعتبر شرعاً الا اذا استند الى النقل .

(3) راجع تنقيح الفصول ص ٧٣ لشهاب الدين القرافى المالكى .

فرده اليهما ، بل ان كتاب الله هو أصل الأصول ، ومصدر المصادر ، وهو الحكم فى كل شىء كما يدل عليه قوله تعالى "ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين" (١) ، وقوله "ما فرطنا فى الكتاب من شىء" (٢)

ومن هنا لم تتسع هوة الخلاف بين الفقهاء المجتهدين ، لأن الكل ينشد الحق ، ويبغيه فى ظل هذا الكتاب الذى جعله الله تبياناً لكل شىء ، وهدى ورحمة للمسلمين .

ونحن هنا لا يعنينا العدولا الاختلاف ، لأنه يرجع تارة الى زيادة الاحتياط ، كما فى اختلافهم فى العمل بالمصالح المرسلة ، وطوراً الى الاختلاف فى تفسير اللفظ ، كاختلافهم فى الاستحسان (٣) .

فلنترك الأصوليين ونزاعهم ولنعد الى أصل الموضوع ، وهو بيان ما فى مصادر هذا الفقه من مرونة تجعله ينبض دائماً بالحياة مهما تقدم به الزمن ، ولنبدأ بما فى المصادر النقلية ، وهى نصوص القرآن والسنة التى يظن أنها نصوص تعبدية تقف بالفقه فى دائرة خاصة لا يتجاوز حدودها مهما تغير الواقع أو تبدل فنقول :

ان كتاب الله لا تختلف آياته ، ولا يناقض بعضه بعضاً "ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيرا" (٤) ، فكيف يحجر على العقول وهو الذى رفع الغشاوة عنها ، وفتح أمامها أبواب النظر ، وحثها على البحث

---

(١) النحل — ٨٩

(٢) الأنعام — ٣٨

وراجع الموافقات ج ٣ ص ٤٢

(٣) فان الاستحسان الذى نفاه الشافعى وبالغ فى رده ليس هو الاستحسان الذى أخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة ، فهذه الحقيقة قد يأخذ بها الشافعى ولكن بعنوان آخر . وسيأتى توضيح ذلك فى الكلام على الاستحسان .

(٤) النساء — ٨٢

والتأمل فى كثير من آياته ؟ ، أم كيف يقف حاجزاً بين الناس وما يحقق مصالحهم ، فيبعدهم عن واقعهم وما فيه من منافع ، وهو الذى جعله رحمة لهم " وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين ولا يزيد الظالمين الا خسارا " (١).

والسنة لا تختلف عنه ، فهى شارحة ومبينة لما أجمل فيه .

وان من يستقرىء آيات الأحكام فى كتاب الله ، وأحاديثها فى سنة رسوله يجد مظاهر المرونة — التى تلتقى مع الواقعية — عديدة . فمن اجمال يقف عند تقرير المبادىء والقواعد ، الى تعليل الأحكام ، الى دلالات متنوعة الى قطعية وظنية ، الى تفصيل للمحظورات مع اطلاق فى المباحات .

فهى (أولا) لم تفصل أحكام الحوادث كلها تفصيلا شاملا ، بل فصلت أحكام علاقة العبد بربه من عقائد وعبادات ، وما ألحق بالعبادات من الأحوال الشخصية والمواريث ، لأن هذه الأحكام اما تعبدية لا مجال للعقل فيها ؛ لأن الشارع أراد السمو بها عن مواطن الخلاف والجدل ، واما أحكام معقولة ، ولكن مصالحها دائمة لا تتغير بتغير الزمن ، ولا تتطور بتطور البيئات .

وأما ما عدا ذلك مما يتعلق بالأحوال المدنية والاقتصادية والجنائية والدستورية والدولية فجاءت أحكامها على هيئة قواعد عامة ، اكتفى فيها بوضع المبادىء الأساسية مع الاشارة الى مقاصد التشريع ولم تتعرض للتفصيل الا لبعض أحكام قليلة ، مصالحها ثابتة لا تتبدل مهما تغير الزمن أو اختلفت البيئات .

ومجيئها على هذا الوضع يجعلها أكثر ملاءمة لمصالح الناس ، فان النصوص الكلية تقرر المبادىء وتترك لأولى الأمر تطبيقها حسبما يتفق وحاجات الناس فى كل زمان ومكان .

---

(١) الاسراء — ٨٢

ولو جاءت مفصلة لوقع المكلفون فى حرج بيّن حيث يلزمهم الوقوف عندها لا يحيدون عنها .

ولا يقال : ان هذه الدعوى تخالف ما صرح به القرآن من أنه جاء مبيناً لكل شيء فى قوله تعالى "ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء" (١) وقوله "ما فرطنا فى الكتاب من شيء" (٢) ، وأن السنة جاءت مبينة لما أجمل فى الكتاب ، "وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم" (٣) .

لا يقال هذا. لأن بيان القرآن للأحكام اجمالى ، والا ففيم كان الاجتهاد؟

وبمجيئه بالقواعد والأسس الصالحة للتطبيق على جميع ما يجد من الأحداث صادق بأنه تبيان لكل شيء ، وصدق الله فى اخباره بأنه لم يفرط فى كتابه من شيء .

وأما بيان الرسول وان كان تفصيلا لذلك الاجمال فى القرآن الا أنه اقتصر فيه على ما دعت اليه الحاجة ، وترك ما لم توجد حاجة الى تفسيره ، ليفسره العلماء فيما بعد عندما تدعو الحاجة الى تفسيره ، ليكون ذلك التفسير ملائماً للعصر الذى يقع فيه ، لأنه لو فسر كل شيء للزمنا هذا التفسير وتقيدنا به ، ولكان هذا إعناتاً للناس من بعده ، وهو لا يتفق مع ما وصف به القرآن رسول الله "لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رءوف رحيم" (٤) ، ولا مع ما ورد عن الرسول نفسه من مقالات كثيرة . كقوله : « ذورنى ماتركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم » ، وقوله : « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

---

(١) النحل — ٨٩
(٢) الانعام — ٣٨
(٣) النمل — ٤٤
(٤) التوبة — ١٢٨

فالقرآن يضع أسس المبادلات المالية فى آيات معدودة " وأحل الله البيع وحرم الربا "(١)، "يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٢)، " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون" (٣) .

حتى قال ابن العربى فى تفسيره (٤) "أحكام القرآن" عند الكلام على الآية الأخيرة : هذه الآية من قواعد المعاملات ، وأساس المعارضات التى تبنى عليها ، وهى أربعة . هذه الآية ، وقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا " وأحاديث الغرر ، واعتبار المقاصد والمصالح .

وتلك مقالة حق ، لأن الآية نهت أن عن يأكل الناس أموال بعضهم بغير حق ، فيدخل فى هذا النهى القمار ، والخداع ، والغصوب ، وجحد الحقوق ، ومالا تطيب به نفس مالكه ، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه ، كمهر البغى ، وحلوان الكاهن (٥) ، وأثمان الخمور والخنازير ، والرشوة ، وماقضى به بغير وجه حق ، والخيانة وما يأخذه المنجمون وغير ذلك ممايتفقه الانسان من ماله فيما حرمه الشرع ، كالملاهى والقيان والشرب(٦) .

كما وضع أساس الحكم ، وجعله الشورى " وشاورهم فى الأمر " " وأمرهم شورى بينهم " من غير أن يعرض لتفصيل الشورى ، بل تركها ليكون الناس فى سعة ، فتختار كل أمة مايلائمها من أنواع الشورى ، وهى

(١) البقرة — ٢٧٥ .

(٢) النساء — ٢٩

(٣) البقرة — ١٨٨

(٤) ج ١ ص ٤١

(٥) هو رشوته وما يعطى له على أن يتكهن .

(٦) راجع تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣١٧ ، والبحر المحيط ج ٢ ص ٥٥ وما بعدها ، وتفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٢٥

لا شك مختلفة باختلاف الجماعات ، وما وصلت اليه من الرقى والتقدم ، غير أنه أرشدهم الى الرجوع الى كتاب الله وسنة رسوله عند الاختلاف والتنازع " فإن تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول " .

والرسول بين أهل الشورى لما قيل له : يارسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة فقال : «اجمعوا له العالمين واجعلوه شورى بينكم ولاتقضوا فيه برأى واحد » .

واليك نماذج من نصوص القرآن والسنة التى جاءت على هيئة قواعد تقرر مبادىء عامة . يقول الله تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام الامايتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم ان الله يحكم مايريد" (١) "ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" (٢) ، "يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى" (٣)، "وأشهدوا ذوى عدل منكم" (٤)، "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى " (٥) "ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه" (٦) ، "وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة " (٧) ، " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه " (٨) " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان" (٩) "، وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا " (١٠) .

ويقول رسول الله : « المسلمون عند شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » ، « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » « ان دماءكم

(١) المائدة — ١
(٢) النساء — ٥٨
(٣) المائدة — ٨
(٤) الطلاق — ٢
(٥) ، (٦) ، (٧) ، (٨) البقرة — ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٠ ، ١٧٣
(٩) المائدة — ٢
(١٠) الاسراء — ٣٤

وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، « لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام » « وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، « الزعيم غارم » « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، « القاتل لا يرث » .

هذا هو مسلك الاسلام فى تشريعه . قرر المبادىء العامة ، ووضع القواعد ولم يوغل فى طريق التفصيل كى يترك للفقهاء والقضاة فرصة الاجتهاد ، وتقدير الأمور حسبما تقضى به مصالحهم ، وهو يعتبر فى نظر القانونيين من محاسن القانون ، بل يعد أمارة عندهم على مرونته وقبوله للتطور .

فتراهم عند المقارنة والموازنة بين القوانين يجعلون هذه الناحية من أبرز نواحى المقارنة والمفاضلة ، فالقانون المقرر للمبادىء قانون مرن متطور ، وعلى العكس منه القانون المغرق فى التفاصيل .

جاء فى مقال للدكتور السنهورى بمجلة القانون والاقتصاد [1] بصدد الكلام على التشريع السويسرى وتعديله : ان كثيراً من غير السويسريين معجبون بهذا القانون ، ومنهم الأستاذ « جوسران » حيث يقول :

"ان التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألمانى من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى ، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض ، بل ترك للقاضى وللفقيه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد ، واكتفى بتقدير المبادىء العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون " .

(وثانياً) ان هذه النصوص عللت الكثير من الأحكام التى جاءت بها ، والتعليل بيان لما يترتب على الأفعال المأمور بها من مصالح تعود

---

(١) السنة السادسة ص ٥١

على الناس ثمرة امتثالهم ، وعلى المنهيات من مفاسد نتيجة اقترافها ، وهذا الأسلوب ينادى فى صراحة . بأن الأحكام لم تكن محض أوامر ونواه تعبدية قصد بها مجرد اخضاع المكلفين لها ، ولكنها جاءت لتحقيق مصالحهم ، فتجلب لهم المنافع وتدفع عنهم المضار ، وفيه اشارة الى أنها تدور مع المصالح فحيثما توجد المصلحة فثم شرع الله .

ويرشدنا من وراء ذلك الى أن نسلك عند التطبيق هذا الطريق ، فلا نبعد عنه ، وأن الحكم متى تغيرت مصلحته أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع منه يجب تغييره ، والا كنا مناقضين لمقصود الشارع [1] ، ومن هنا صرح الفقهاء بأن الفعل اذا لم يوصل الى مقصود الشارع منه كان لاغياً .

يقول عز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام [2] : « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل » ، والامام الشاطبى فى موافقاته [3] يكشف لنا سر هذا الموضوع فيقول :

"النظر فى مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً . كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام الا بعد نظره الى مايؤول اليه ذلك الفعل ، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فاذا أطلق القول فى الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ،

---

(١) على أن للتعليل فائدة أخرى . وهو أنه يجعل الحكم عاماً فى محال العلة بالقياس على الصحيح وقيل بالوضع . راجع التيسير شرح التحرير جـ ١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) جـ ٢ ص ١٢١

(٣) جـ ٤ ص ١٩٤ وما بعدها .

وكذلك اذا أطلق القول فى الثانى بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوى أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة . ثم دلل على ذلك بعدة أدلة .

منها : أن الشارع اعتبر المسببات فى الأسباب ، والمجتهد نائب عن الشارع فى الحكم على أفعال المكلفين ، فاذا ثبت أن الشارع قاصد للمسببات فى الأسباب لم يكن للمجتهد بُدّ من اعتبار المسبب وهو مآل السبب .

ومنها : أن الاستقراء فى النصوص يفيدنا أنها معتبرة للمآلات فى أصل المشروعية وذلك فى آيات التعليل وأحاديثه" .

وصدق الشاطبى فى ذلك ، فان التعاليل الكثيرة فى القرآن والسنة تنادى فى صراحة : أن الشارع ينظر فى تشريعه الى ما يترتب عليها ، ويربط الأسباب بمسبباتها ، واليك نماذج من تعليلات القرآن والسنة .

يقول جل شأنه "وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم "(١) ، " وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة "(٢) " ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم "(٣) وقال بعد أن أمر رسوله بزواج زينب مطلقة زيد بن حارثة " فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولا "(٤) .

(١) الأنفال — ٦٠
(٢) البقرة — ١٩٣
(٣) الحشر — ٧
(٤) الأحزاب — ٣٧

"واذا سألتموهن متاعاً فاسألوهن من وراء حجاب ذلكم أطهر لقلوبكم وقلوبهن وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله" [1] ، " انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة" [2] ، "خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم" [3] ، "ولكم فى القصاص حياة" [4] .

ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » [5]، ويقول لعبد الله بن عمر لما بلغه أنه يصوم النهار ويقوم الليل: « إنك اذا فعلت ذلك هجمت عينك ونفهت نفسك وإن لنفسك حقاً ولأهلك حقاً » [6]، ويقول لسعد حينما أراد أن يوصى بالشطر الأكبر من ماله : « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » [7] .

ولما جاءه رجل بمثل البيضة ذهباً وقال له يارسول الله : هذه صدقة ماتركت لى مالا غيرها ، قال له — بعد أن حذفه بها —: « ينطلق أحدكم فينخلع من ماله ثم يصير عيالا على الناس » [8] .

ويأمر الخاطب بأن يرى مخطوبته معللا ذلك « بأنه أحرى أن يودم بينهما » [9] .

---

(١) الأحزاب — ٥٣
(٢) المائدة — ٩١
(٣) التوبة — ١٠٣
(٤) البقرة — ١٧٩
(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٦
(٦) عمدة القارى ج٣ ص ٦٣٥ . هجمت . غارت وضعف بصرها لكثرة السهر ، ونفهت : كلت وأعيت .
(٧) الموطأ بشرح المنتقى ج ٦ ص ١٥٥
(٨) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٣٧
(٩) شرح معانى الآثار للطحاوى ج ٢ ص ٨١

ويقول لمن أشار عليه بقتل من ظهر نفاقه : « أخاف أن يتحدث الناس بأن محمداً يقتل أصحابه » (١) .

فقد منع من قتل المنافق الذى أعلن مافى نفسه من كفر بعد إظهاره الاسلام ، مع أن قتله مصلحة كبيرة تؤدى الى قطع دابر المفسدين ، منع ذلك لإبعاد تهمة عنه لو وقعت لكان ضررها أكبر من ضرر الإبقاء عليه ، حيث تُبعد الطمأنينة عن مريدى الاسلام .

وهذا التعليل فى الحديث الأخير وأمثاله يدل صراحة على أن الأصل فى نظر الشارع هو اعتبار المصالح ، وأن المباح المشروع اذا ترتب عليه فى وقت ما نقيض ما قصده الشارع منه أولا تزول إباحته لئلا يوصل الى مفسدة تفوق مصلحته .

ومن هنا جاء مبدأ سد الذرائع المتفق على أصله ، وان اختلف فى تطبيقه يشير لهذا قول رسول الله لأم المؤمنين عائشة : « لولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر فى البيت وأن ألصق بابه بالأرض لأسست البيت على قواعد ابراهيم » ، وفى رواية أخرى « لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت ثم لبنيته على أساس ابراهيم » (٢).

فقد امتنع من هدم البيت وبنائه على قواعد ابراهيم الأولى التى رسمت له بطريق الوحى مع ما فيه من المصلحة لما يترتب عليه من نفرة العرب من هذا العمل لقرب عهدهم بالجاهلية .

ولهذا أفتى الامام مالك الأمير الذى أراد أن يرد البيت الى قواعد ابراهيم بقوله : « لا تفعل لئلا يتلاعب الناس ببيت الله » (٣)

---

(١) صحيح مسلم ومسند أحمد .

(٢) الموافقات جـ ٤ ص ٦٢ ، فقد عد هذا من الترك للمطلوب خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة ذلك المطلوب .

(٣) المرجع السابق ص ١٩٨

وحديث الأعرابى الذى رواه البخارى ومسلم وغيرهما ، وهو أن أعرابياً جاء الى رسول الله ومعه أصحابه فى المسجد ، فجلس ثم قام يبول فى المسجد ، فقال أصحاب رسول الله : مه مه ، فقال رسول الله : « لا تزرموه دعوه » ، فتركوه حتى بال ، ثم ان رسول الله دعاه فقال له : « ان هذه المساجد لا تصلح لشىء من هذا البول والقذر انما هى لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن » ، وأمر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء ، فشنه عليه .

فقد نهاهم عن الانكار على الأعرابى الجاهل الذى قام يبول فى المسجد فينجسه ، لأن منعه من البول سيترتب عليه مفسدة أعظم من مفسدة تنجيس المسجد ، هى تنجيس ثوبه وبدنه ، وما يصيبه من داء نتيجة حبس البول .

ثم ان القرآن نفسه وضع أساس هذه القاعدة فى قوله تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم " (١)

فقد نهاهم عن سب ما يعبده المشركون من الأصنام والأوثان مع مافى سبهم من تخذيل المشركين ، وتوهين أمر الشرك ، واذلال أهله ، لما يترتب عليه من مفسدة كبيرة لا توازيها مفسدة ، وهى سبهم لله سبحانه وتعالى .

(وثالثاً) ومع هذا التعليل وذلك الاجمال تنوعت دلالة تلك النصوص على معانيها ، فلم تكن كلها قطعية ، بل منها ما هو قطعى بحيث يدل على معناه قطعاً ويقيناً ، فيما اذا كان اللفظ لا يحتمل الا معنى واحداً ، وهذا قليل بالنسبة للنوع الثانى الظنى ، وهو الذى لا يقطع بدلالته على معناه فيما اذا كان اللفظ يدل على معناه مع احتماله لمعنى آخر .

والنوع الأول لايقبل تأويلا ولا اجتهاداً ، لأنه صريح فى دلالته على المراد منه ، والثانى يقبل التأويل ، وهو موضع الاجتهاد ، وفيه اختلف المجتهدون فى الفهم والاستنباط . ومن أمثلة القطعى ، النصوص التى بها ألفاظ خاصة كآيات المواريث الدالة على أن نصيب الزوج من تركة زوجته النصف

---

(١) الأنعام — ١٠٨

أو الربع ، وأن نصيب الزوجة نصف نصيب زوجها ، وأن للذكر مثل حظ الأنثيين فى ميراث الأبناء والبنات ، والأخوة والأخوات لأبوين أو لأب حالة المشاركة .

"يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" ، "وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين" . فمثل هذه النصوص تدل دلالة واضحة قاطعة على مراد الله بها لا تحتمل تأويلا ، وأحكامها لا تقبل التعديل ولا التبديل ، لأن تعديلها يؤدى الى الخروج على النص الدال عليها قطعاً ويقيناً .

أما ما يرجف به المرجفون من المناداة بالمساواة بين المرأة والرجل فى الميراث بحجة أنها أصبحت مساوية له فى كل الحقوق ، وأنها خرجت للعمل ، فوليت الوظائف ، وسارت معه فى طريق التكسب على قدم المساواة فمنهن الطبيبات والمدرسات والمحاميات والموثقات والعاملات ، ومنهن ومنهن .

فلم يبق بعد هذا معنى للابقاء على تقسيم الميراث الذى بنى أول الأمر على أن الرجل هو المسئول عن الانفاق على غيره حينما كان التكسب قاصراً على الرجال .

وهذا كلام لا معنى له غير المغالطة والنظر الى المسألة بعين واحدة ، ومن زاوية معينة ، لأننا لو نظرنا الى حكمة توزيع الميراث كما جاء فى كتاب الله ، وجعلنا أساس التفرقة بين النوعين . هى أن الرجل مسئول عن غيره ، والمرأة غير مسئولة ، وهذا يقتضى تمييز الرجل فى نصيبه ، فان هذا الأساس باق كما هو ، فالرجل مسئول وعليه النفقات ، والمرأة خالية المسئولية من النفقات الا من نفقة نفسها ان لم تجب لها النفقة على غيرها ، فهل غير تم هذا الأساس حتى يتغير ما تفرع عنه ؟؟ ! !

وأما مسألة المساواة فى الكسب التى زعمها هؤلاء الدعاة فالواقع يكذبها حيث لا تزال الفوارق بين النوعين فيها كثيرة ، وستظل كذلك ما بقى كل من الرجل والمرأة على الطبيعة التى خلقهما الله عليها ، وهى مختلفة

فالأصل فى الرجل أنه خلق للكد والعمل لجلب الأرزاق ، وقل أن تجد رجلا من غير عمل أو باحثاً عن عمل يتخذه طريقاً لكسب قوته وقوت الضعاف وراءه ، أما المرأة فقد خلقت لعمل يناسب طبيعتها ، خلقت لتكون أماً ، لها عملها الخاص من التربية والرعاية ، وخروجها للعمل خارج هذه الدائرة على خلاف الأصل .

والى الآن لم يخرج الا بعضهن ، والى بعض المهن فقط ، والتى تخرج لعملها تترك وراءها أطفالها تتركهم لأمرأة أخرى لا تحمل اسم الأمومة ، بل تحمل اسماً آخر ، مربية أو خادمة .

على أننا لا نتصور خروج جميع النساء الى عمل الرجال ، ولو فرض وتحقق كان معه خراب البيوت وانهيار الأسر ، بل القضاء عليها .

وهنا نقول للمطالبات بالتسوية بعد أن ألبسنها ثوب الحق : ان النواميس كلها تقرر أن كل حق يقابله واجب ، فمن منكن ترضى أن تكون مسئولة عن نفقات الأسرة كما يسأل الرجل ، وهل تقبل احداكن أن تقوم بالانفاق على زوجها عن رضى وطواعية اذا ما خلت يده عن العمل ، أو أقعده المرض عن الكسب ، أو تبادر الى الاعلان عن التنازل عن حقها قبل زوجها وتجعل البيت شركة مساهمة بينها وبينه ؟؟

ومن النصوص القطعية ؛ النصوص التى قدرت بعض الواجبات ، كمقادير الزكاة أو بعض العقوبات ، كعقوبة الزنى والقذف ، فان هذه النصوص لا مجال للبحث فيها بالتغيير أو التبديل ، لأن تغييرها خروج عن مراد الشارع قطعاً وهذا مما لا تقره كافة القوانين . وضعية أو سماوية .

وأما النصوص الظنية فهى التى تدل على معنى وتحتمل الدلالة على معنى آخر ، ومع هذا الاحتمال لا يكون أحد المعانى مدلول النص قطعاً ، والاحتمال يجىء اما من وجود لفظ مشترك ، أو من لفظ تحف به قرائن تجوز صرفه عن معناه الحقيقى الى معنى آخر مجازى ، أو تصرفه من العموم الى الخصوص أو من الاطلاق الى التقييد .

وهذا النوع اذا لم يوجد من الشارع نص صريح يعين المراد منه يكون موضع اختلاف الأفهام ومحلا للتأويل .

(ورابعاً) انها فى مقام الحظر والتحريم سلكت مسلكاً يغاير مسلكها فى مقام الاباحة والتحليل ، ففى الأول تفصيل يقرب من الاحصاء ، وفى الثانى اجمال واطلاق .

اقرأ ان شئت قوله تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ... " الى قوله " وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان " (١).

وقوله بعد بيان نعمه العديدة التى أباحها لنا " قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحاً أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به . فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم " (٢).

وقوله " يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله ان الله سريع الحساب اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ..." الآية .

فانه سبحانه قال ذلك بعد أن عد أصنافاً من المحرمات " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ماذكيتم وماذبح على النصب " (٣) .

---

(١) النساء — ٢٣ ، ٢٤ .

(٢) الأنعام — ١٤٥ .

(٣) المائدة — آيات ٣ ، ٤ ، ٥

" قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق " [1]
" كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه " [2]
"ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث" [3] ، "يأيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل لكم" [4]، "هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً" [5] .

فهذه الآيات وما شابهها تدل فى وضوح على أن الأصل فى الأشياء هو الحل ، وأن التحريم والحظر على خلاف الأصل ، لأن المحرم فى تلك النصوص اما معدود أو مستثنى ، وهما من لوازم القلة ، وقديماً قيل :
« كفى المرء فخراً أن تعد معايبه » .

فاذا أضفنا الى ذلك أن النصوص نفسها فتحت باب الاستثناء فى المحرمات اذا اقتضت الضرورة ذلك "فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فان الله غفور رحيم" [6] "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم" [7] " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه " [8] ، " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم " [9] ، "وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه " [10] .

وأحاديث رسول الله فى هذا النوع كثيرة ، وهى كلها تنادى بأن المحرمات معدودة ، والمكلفون مطلوب منهم ألا يقربوها ، ولعل أصرح

---

(١) الأعراف — ٣٢
(٢) آل عمران — ٩٣
(٣) الأعراف — ١٥٧
(٤) المائدة — ٨٧
(٥) البقرة — ٢٩
(٦) المائدة — ٣
(٧) الأنعام — ١٤٥
(٨) البقرة — ١٧٣
(٩) النحل — ١١٥
(١٠) الأنعام — ١١٩

حديث فى ذلك قوله : « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها » .

والحديث المتفق عليه الذى رواه أبو هريرة عن رسول الله أنه قال : « ذرونى ماتركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فاذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » [1] ، وقد طبق رسول الله مبدأ الاستثناء الوارد فى القرآن ، فاستثنى مواضع الحرج .

وما استثناؤه للسلم وبيع العرايا والإذخر الا تفسيرا لمعنى الاضطرار فى القرآن ، وأنه ليس قاصراً على الضرورة بالمعنى الاصطلاحى ، بل تخطاها الى الحاجة ، وهو بذلك يفسر لنا كتاب الله كما أراد الله ، فقد جمع صلى الله عليه وسلم بين آيات الاضطرار ، وآيات نفى الحرج ، وآيات التيسير ، ووضعها فى موضع الحكم على النصوص الجزئية ، فتحريمه لقطع حشيش الحرم وشجره ، واستثناؤه الإذخر لم يصل الى حد الضرورة ولكنه رفع حرجاً ، واستثنى موضع الحاجة التى لا ترقى الى مرتبة الضرورة ، وكذلك استثناؤه السلم والعرايا لم يستثنهما لأن حياة الناس متوقفة على اباحتهما ، بل لما فى منعهما من ايقاع الناس فى الحرج .

ومن هنا نستطيع أن نقول — ونحن مطمئنون — إن الأصل فى الأشياء الاباحة ، وأن التحريم والحظر جاء على خلاف الأصل ، فيتوقف على وجود النص مع ملاحظة أن الاستثناء فيها مباح متى وجد ما يقتضيه من ضرورة أو رفع حرج ، وأن أسلوب القرآن والسنة فى التشريع صريح فى ذلك كل الصراحة .

---

[1] نيل الأوطار ج ٨ ص ٨٨ . وقال النووى هذا الحديث من جوامع الكلم وقواعد الاسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام .

فمن ذهب الى غير ذلك وحرم الأشياء بمجرد الشبه فقد جانبه الصواب ، وبعد عن يسر الدين وسماحته ، وكان ممن يشق على هذه الأمة باسم الشريعة التى جاءتهم رحمة من الله ، فيدخل فى دعاء الرسول . بأن الله يشق عليه .

يقول الامام الشعرانى فى كتابه كشف الغمة (١) : روى فى الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول فى دعائه « اللهم من شق على أمتى فاشقق اللهم عليه » ، ولا أحد أشق على الأمة من فقيه يحجر عليهم ويحكم ببطلان عبادتهم ومعاملتهم وتطليق نسائهم وسفك دمائهم ، ويحكم بكفرهم بأمور ولدها بعقله ورأيه ، ولم يأت بها صريحاً كتاب ولا سنة حتى تضيق الدنيا على العامى منهم ، فمن فعل ذلك معهم فقد دخل فى دعائه عليه السلام بأن الله يشق عليه » .

وأخيراً استمع معى الى قول الله سبحانه فى سورة الأعراف (٢) .

"يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين . قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة كذلك نفصل الآيات لقوم يعلمون . قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغى بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطاناً وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون" (٣) .

جـ ١ ص ٨

(٢) الآيات من ٣١ — ٣٣

(٣) قد يقال : اذا كان ذلك هو الأساس ، فلم كان الزهد من رسول الله وأصحابه من بعده فى طيبات هذه الحياة الدنيا ، وقد يسرت لهم فى يوم من الأيام ؟... ونحن نجيب عن هذا التساؤل بأن الزهد لم يكن تحريماً ، وانما كان ايثاراً للغير على النفس ، وهى مرتبة لايصل اليها الا القابضون على زمام أنفسهم ، كما كان تحرزاً من أن يوصل التمتع بالطيبات الى التعدى على حقوق الغير ، فمال المسلمين فيه حق لكل مواطن فى الدولة الاسلامية ، والمسئول الأول عن هذه الحقوق هو رئيسها . جاء ذلك فى مقالات كثيرة أثرت عنهم .

هذا هو موقف النصوص من التشريع . اجمال يتطلب التطبيق ، وتعليل يرسم لذلك التطبيق طريقته ، ودلالات على المعانى متنوعة ، ينفتح بها مجال الاجتهاد أمام الفقهاء ، ونصوص حاظرة فى دائرة محددة ، وأخرى مبيحة فى اطلاق . ومن وراء ذلك كله نجد بعض النصوص جاء لمصلحة خاصة ، يمكن أن يتغير الحكم عندما تتغير هذه المصلحة ، وما قصة المؤلفة قلوبهم وموقف عمر منها الا من هذا النوع ، ومثله نهى الرسول عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، ثم اباحته الادخار لأكثر منها لما زالت المصلحة الخاصة التى عبر عنها بقوله : « انما كان ذلك من أجل الدافة التى دفت عليكم يومئذ » وقوله : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها فانها تذكر الآخرة » ، « وكنت نهيتكم عن الأشربة الا فى ظروف الأدم فاشربوا فى كل وعاء غير ألا تشربوا مسكراً فان الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه » .

أنواع السنة

وانك لواجد هذا النوع من النصوص فى السنة كثيراً . الأمر الذى جعل بعض العلماء يقسم السنن الى أقسام ، ويجعل منها قسما وكل الله لرسوله فيه أن يستعمل رأيه ، فيرخص لمن شاء حسبما يرى المصلحة والعذر ، وأن منه ما قصد به مصلحة جزئية يومئذ ، وليس من الأمور اللازمة لجميع الأمة .

يقول الامام أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة المتوفى سنة ٢٧٦ هـ فى كتابه « تأويل مختلف الحديث » (١) والسنن عندنا ثلاث . سنة أتى بها جبريل عليه السلام عن الله تعالى ، كقوله : « لا تنكح المرأة على عمتها وخالتها » « ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، « ولا تحرم المصة ولا المصتان » وأشباه هذه الأصول » .

(١) ص ٢٤٦

والسنة الثانية سنة أباح الله له أن يسنها ، وأمره باستعمال رأيه فيها ، فله أن يترخص فيها لمن شاء على حسب العلة والعذر ، كتحريمه الحرير على الرجال ، واذنه لعبد الرحمن بن عوف فيه لعلة كانت به ، وقوله فى مكة : « لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها » ، فقال العباس بن عبد المطلب يارسول الله : الا الإذخر فانه لقيوننا ، فقال: « الا الإذخر » ، ولوكان الله حرم جميع شجرها لم يكن يتابع العباس على ما أراد من اطلاق الإذخر ، ولكن الله تعالى جعل له أن يطلق من ذلك ما رآه صلاحاً ، فأطلق الإذخر لمنافعهم ونادى مناديه : لا هجرة بعد الفتح ، ثم أتاه العباس شفيعاً فى أخى مجاشع ابن مسعود ليجعله مهاجراً بعد الفتح ، فقال : أشفع عمى ولا هجرة ، ولو كان هذا الحكم نزل لم تجز فيه الشفاعات (١)

وقال : « عادىّ (٢) الأرض لله ولرسوله ، ثم هى لكم منى ، فمن أحيا مواتاً فهى له ».

وقال فى العمرة : « لواستقبلت من أمرى ما استدبرت لأهللت بعمرة »

وقال فى صلاة العشاء : « لولا أن أشق على أمتى لجعلت وقت هذه هذا الحين » ، ونهى عن لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، ونهى عن زيارة القبور ، وعن النبيذ فى الظروف ، ثم قال : « انى نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، ثم بدالى أن الناس يتحفون ضيفهم ويحتبسون لغائبهم ، فكلوا وأمسكوا ما شئتم ».

---

(١) فى كشف الغمة للأمام الشعرانى ج ٢ ص ١٨٩ : قال عبد الرحمن بن صفوان وكان صديقاً للعباس لما كان يوم الفتح جئت بأبى الى رسول الله ، فقلت : يارسول الله بايعه على الهجرة فأبى وقال : «انها لاهجرة» ، فانطلق الى العباس ، فقام العباس معه ، فقال يارسول الله ، قد عرفت ما بينى وبين فلان وأتاك بأبيه لتبايعه على الهجرة فأبيت ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انها لا هجرة ، فقال العباس : أقسمت عليك لتبايعه ، قال فبسط رسول الله يده فقال : هات أبررت عمى ولا هجرة .

(٢) عادى بتشديد الياء . أى قديم الأرض نسبة لعاد قوم هود ، وهى عادة القوم فى نسبة كل قديم الى عاد وان لم يدركهم .

ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ، ولا تقولوا هجرا ، فانه بدا لى أنه يرق القلوب ، ونهيتكم عن النبيذ فى الظروف فاشربوا ولا تشربوا مسكراً .

ثم قال : فهذه الأشياء تدلك على أن الله عز وجل أطلق له صلى الله عليه وسلم أن يحظر وأن يطلق بعد أن حظر لمن شاء ، ولو كان ذلك لا يجوز له فى هذه الأمور لتوقف فيها ، كما توقف حين سئل عن الكلالة ، وكما توقف حين أتته المجادلة فى زوجها تسأله عن الظهار ، فلم يرجع اليها قولا ، وقال : يقضى الله عز وجل فى ذلك .

والسنة الثالثة . ما سنه لنا تأديباً ، فان نحن فعلناه كانت الفضيلة فى ذلك وان نحن تركناه فلا جناح علينا ان شاء الله .

والدهلوى فى حجة الله البالغة (١) يتكلم على السنن فيقول :

اعلم أن ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ودون فى كتب الحديث على قسمين . أحدهما . ماسبيله سبيل تبليغ الرسالة ، وفيه قوله تعالى "وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا " ، ومنه علوم المعاد وعجائب الملكوت ، وهذا كله مستند الى الوحى ، وليس للاجتهاد فيه دخل ، ومنه شرائع وضبط العبادات ، والارتفاقات وهذه بعضها مستند الى الوحى وبعضها مستند الى الاجتهاد ، واجتهاده بمنزلة الوحى ، لأن الله عصمه من أن يتقرر رأيه على الخطأ ، وليس يجب أن يكون اجتهاده استنباطاً من النصوص ، كما يظن ، بل أكثره أن يكون علمه الله مقاصد الشرع وقانون التشريع والتيسير ، فبين المقاصد المتلقاة بالوحى بذلك القانون الى أن قال ... وثانيهما . ما ليس من باب تبليغ الرسالة ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : « انما أنا بشر اذا أمرتكم بشىء من دينكم فخذوا به ، واذا أمرتكم بشىء من رأيى فانما أنا بشر » ، وقصة تأبير النخل ، ومنه ما فعله بالعادة دون العبادة ... الى أن قال : ومنه ما قصد به مصلحة جزئية يومئذ وليس من الأمور اللازمة لجميع الأمة ، وذلك مثل ما يأمر به الخليفة

---

(١) جـ ١ ص ١٢٨ وما بعدها .

من تعبئة الجيوش ، ومنه قول عمر : ما لنا وللرمل كنا نتراءى به قوماً أهلكهم الله ، ثم خشى أن يكون له سبب آخر ، وقد حمل كثير من الأحكام عليه ، كقوله «من قتل قتيلا فله سلبه» ، ومنه حكم وقضاء خاص ، وانما كان يتبع فيه البينات والأيمان ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، «لعل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب » [1] .

وقريب من هذا تقسيم القرافى المالكى [2] تصرفات الرسول الى أربعة أنواع .

تصرفات بالرسالة ، وأخرى بالفتيا ، وثالثة بالحكم ، ورابعة بالامامة تبعاً لشخصيات الرسول ، فانه رسول ومفت وقاض وامام .

فتصرفه بالرسالة تبليغ عن الله للخلق ما وصل اليه عنه سبحانه من أوامر ونواه ، وتصرفه بالفتيا اخبار عن الله بما يجده فى الأدلة من حكم الله تعالى . وكلاهما شرع يتقرر على الخلائق الى يوم الدين يتبع كل حكم مما بلغه الينا عن ربه بسببه من غير اعتبار حكم حاكم ، ولا اذن امام ، لأنه عليه السلام مبلغ لنا ارتباط ذلك الحكم بذلك السبب ، وخلى بين الخلائق وبين ربهم ، ولم يكن منشئاً لحكم من قبله ، ولا مرتباً له برأيه على حسب ما اقتضته المصلحة ، بل لم يفعل الا مجرد التبليغ عن ربه ، كالصلاة والزكاة ، وأنواع العبادات ، وتحصيل الأملاك بالعقود من البياعات

---

(1) أصل هذا الحديث أنه كان لمارية القبطية أم ابراهيم ابن عم لها قبطى يزورها كثيراً وكثر الكلام حول ذلك ، ونهاه النبى فلم ينته ، فأرسل الرسول على بن أبى طالب ، وقال له : ان وجدته عندها فاقتله ، فقال على : يارسول الله : أكون كالسكة المحماة أم الشاهد يرى مالا يرى الغائب ، فقال : « بل الشاهد يرى مالا يرى الغائب » ، فانطلق على فلما رآه ومعه السيف صعد نخلة ثم رمى بنفسه على قفاه ، فاذا هو أجب أمسح ما له مما للرجال قليل ولا كثير ، فرجع على الى الرسول وأخبره فحمد الله . راجع : أمالى السيد المرتضى المتوفى سنة ٤٣٦ ج ١ ص ٥٤ . وقد أشار ابن القيم فى الطرق الحكمية الى هذه القصة ص ٢٤٥ بقوله « وأمر بقتل الذى اتهم بجاريته حتى تبين أنه خصى » .

(2) كتاب الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام ص٢٣ ومابعدها .

والهبات وغير ذلك من أنواع التصرفات ، لكل أحد أن يباشره ، ويحصل سببه ، ويترتب له حكمه من غير احتياج الى حاكم ينشىء حكماً ، وامام يجدد اذناً .

وأما تصرفه صلى الله عليه وسلم بالحكم فهو مغاير للرسالة ، والفتيا ، لأنهما تبليغ محض ، واتباع صرف ، والحكم انشاء والزام منه بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج ، ولذلك قال عليه السلام « انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من الآخر..» الخ الحديث .

فالحديث صريح بأن القضاء يتبع الحجاج وقوة اللحن بها ، فهو منشىء وان كان متبعاً لأمر الله تعالى له بأن ينشىء الأحكام على وفق الحجاج والأسباب .

ومن أمثلة هذا النوع قضاؤه بالتمليك بالشفعة ، وفسخ الأنكحة والعقود والتطليق للاعسار عند تعذر الانفاق ، والايلاء عند الفىء ونحو ذلك .

وهذا التصرف لا يجوز لأحد أن يقدم عليه الا بحكم الحاكم فى الوقت الخاص اقتداء به عليه السلام ، لأنه لم يقرر تلك الأمور الا بالحكم ، فتكون أمته بعده كذلك .

وأما تصرفه بالإمامة فهو تصرف مغاير للتصرفات السابقة ، لأنه تصرف فى السياسة العامة للدولة بما تقتضيه المصلحة بعد أن فوضت إليه .

ومن هذا النوع قسمة الغنائم ، وتفريق أموال بيت المال على المصالح وإقامة الحدود ، وترتيب الجيوش ، وقتال البغاة ، وتوزيع الاقطاعات من الأراضى والمعادن ونحو ذلك .

وهذا النوع لا يجوز لأحد الاقدام عليه الا باذن امام الوقت الحاضر لأنه عليه السلام انما فعله بطريق الامامة ، وما استبيح الا باذنه ، فكان ذلك شرعاً مقرراً ، لقوله تعالى " فاتبعوه لعلكم تهتدون " .

وبناء على هذا التقسيم واختلاف تلك الأقسام فى حقائقها ، وتنوع آثارها ، وعدم وجود تحديد قاطع لكل نوع اختلف الأئمة فى بعض تصرفات الرسول . هل هى من قسم الفتيا والرسالة أم من قسم الامامة بعد اتفاقهم على أكثرها . فقسم اتفق على أنه تصرف بالامامة ، كالاقطاع ، واقامة الحدود ، وارسال الجيوش ونحوها .

وقسم اتفق على أنه تصرف بالقضاء ، كالزام أداء الديون ، وتسليم السلع ، ونقد الأثمان ، وفسخ الأنكحة والعقود ، ونحو ذلك .

وقسم اتفق العلماء على أنه تصرف بالفتيا والرسالة ، كابلاغ الصلاة واقامتها ، واقامة المناسك ونحوها ، وقسم وقع منه متردداً بين هذه الأقسام اختلف العلماء فيه . فمنهم من جعله من باب الفتيا ، وأنه شرع لازم لا يتوقف على اذن من الامام ، ومنهم من ألحقه بتصرفات الامام ، فلا يملك أحد فعله الا بعد اذن الامام ، أو جعله من باب القضاء ، فلا يجوز لأحد أخذه الا بحكم الحاكم [1] .

ثم عد أمثلة لهذا النوع . منها قول الرسول : «من أحيا أرضاً مواتاً فهى له» فقيل إنه تصرف بالفتيا ، فتملك الأرض الموات بمجرد الاحياء ، ولا تتوقف على اذن الامام ، وقيل : إنه تصرف بالامامة ، فيتوقف الملك على اذن الامام ومنها قوله لهند بنت عتبة : «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقيل: هو تصرف بالفتيا فيجوز لصاحب الحق أن يأخذه أو جنسه متى ظفر به بدون قضاء قاض ، وقيل إنه من باب القضاء ، فلا يجوز أخذ الحق الا بحكم حاكم ، ومنها قوله عليه السلام : «من قتل قتيلا فله سلبه» ، فقيل هو تصرف بالفتيا فيستحق القاتل السلب بغير اذن الامام ، وسواء قال ذلك قبل المعركة أو لم يقله ، لأنه شرع عام ، وقيل هو تصرف بالامامة ، فلا يستحق القاتل

---

(١) راجع أيضاً كتاب الفروق للمؤلف السابق فى الفرق السادس والثلاثين ج ١ ص ٢٠٥ وتهذيب الفروق فى هذا الموضع .

السلب الا اذا قال الامام ذلك وباذنه ، لأن الظاهر أن الرسول قال ذلك لمصلحة وقتية ، قاله ترغيباً فى القتال ، فيبقى على الأصل ان وجد الامام مصلحة تقتضيه قاله والا تركه (١)

وبعد . فهذه التقسيمات للسنة تدل فى وضوح على أن ماورد عن الرسول ليس كله تشريعاً لازماً للأمة فى كل حين ، بل منه ما هو كذلك ، وهو الأغلب ، لأن وظيفته الأولى هى التبليغ ، ومنه ما هو قضاء وحكم بنى على ما قام عنده من الدلائل والبينات ، وهى وقائع جزئية يشير اليها الفقهاء فى مناقشاتهم كثيراً بقولهم : « قضية عين لا عموم لها » ، ومنه ما بنى على المصلحة القائمة فى زمنه ، وهذا يتبع المصلحة ويدور معها ، والا كنا مخالفين للأمر بطاعة الرسول ، فان طاعته فى أن نسلك سبيله التى سلكها فندير هذا النوع من الأحكام على المصلحة .

يدل لذلك أن أصحاب رسول الله ، وهم حملة الشريعة والقائمون عليها من بعده غيروا بعض السنن المروية عن الرسول لما تغيرت الظروف ، لعلمهم أنها صدرت عنه عليه السلام ملاحظاً فيها حال الأمة ومقتضيات البيئة زمن التشريع دون أن تكون شرعا عاماً لازماً فى كل حال .

ولولا ذلك ما غيروا ، ونحن نعيذهم جميعاً من أن يخالفوا حديث رسول الله ، وهم يعلمون أنه دين عام ، وتشريع لازم لكل الناس فى جميع الحالات وكيف يقع منهم ذلك وهم الحريصون كل الحرص على اتباع هدى الرسول وترسم خطاه ؟

---

(١) الفقهاء متفقون على أن الرسول قال هذه المقالة فى غزوة حنين . وأن كل مجاهد أخذ سلب من قتله يومئذ ، واختلافهم بعد ذلك جاء من جهة . هل هذا شرع عام فيستحق القاتل السلب وان لم يقل الامام ذلك ، أو هو محتمل لذلك ومحتمل التنفيل يعنى أن الرسول قاله تشجيعاً يومئذ فيحمل عليه فلا يستحقه الا اذا قال الامام هذه المقالة .

راجع تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٥ ، وفتح القدير ج ٤ ص ٣٣٤ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ١٠١

ومن أمثلة هذا النوع . أن القرآن أوجب الدية فى القتل من غير أن يبين مقدارها ، ولا من أى الأموال تؤخذ ، كما لم يعرض لمن يدفعها .

وهنا يظهر دور السنة فى البيان ، فقدرها الرسول بمائة من الابل تتحملها عاقلة الجانى ، وهم حينذاك قبيلته وعصبة أبيه . جاء فى كتابه الى أهل اليمن الذى رواه النسائى « وان فى النفس الدية مائة من الابل » (١) وفى رواية لأبى داود والنسائى عن ابن عباس « أن رسول الله قضى على العاقلة بالدية فى قصة المرأة التى أسقطت جنيناً » (٢) .

جعل أصل الدية من الابل ، ولكنه كان يقدرها فى بعض الأحيان بالذهب أو بالفضة لمن لا ابل عندهم وبلغ تقديره لها ثمانمائة دينار ، أو عدلها من الورق ثمانية آلاف درهم .

فلما فتحت الفتوحات بعده ، ودخل فى الاسلام بلدان أخرى ، وتغيرت قيمة الابل كان ماروا أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم ، قال وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيباً ، فقال : إن الابل قد غلت ، قال : ففرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » (٣)

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٧ ص ٤٨

(٢) المرجع السابق ص ٥٨

(٣) المرجع السابق ص ٥٤ ، وما روى عن جابر أن رسول الله فرض الدية على أهل الابل مائة من الابل ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة الخ ضعفه رجال الحديث ، كما قال الزيلعى فى نصب الراية جـ ٤ ص ٣٦٣ . والدراهم التى فرض منها عمر الدية اثنى عشر ألفاً كانت من نوع من الدراهم الموجودة فى زمنه كل اثنى عشر درهماً تساوى ديناراً ، ثم استقر الوضع على نوع من الدراهم كل عشرة منها تساوى ديناراً ، فأصبح مقدار الدية عشرة آلاف درهم ، ولهذا جعل نصاب الذهب فى الزكاة عشرين ديناراً ، ونصاب الورق مائتى درهم .

روى أن الدراهم فى عهد عمر كانت ثلاثة أنواع : =

ولما دون الدواوين جعل العاقلة هم أهل الديوان لأن بهم تكون النصرة [1] .

وقريب من هذا أن رسول الله فرض زكاة الفطر وجعلها صاعا من تمر أو صاعا من شعير ، أو صاعا من زبيب ، بناء على ما كان عندهم من أطعمة يطعمونها ، لأن المقصود من زكاة الفطر هو اغناء الفقراء يوم العيد عن السؤال وعلى أن قيم الصاع من هذه الأطعمة كانت متقاربة ، ولهذا لما رأى معاوية قمح الشام وقيمته بالنسبة للشعير والتمر والزبيب قال فى احدى خطبه أرى مدين من سمراء الشام « يعنى القمح » تعدل صاعا من تمر ، فأخذ الناس بذلك ، وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير ، أو نصف صاع من بر أودقيقه . وقد تقدم رأى ابن القيم فى ذلك [2] .

ومن ذلك أن رسول الله أذن للنساء بالصلاة فى المساجد ، كما حدثنا أبو داود [3] بسنده الى أبى هريرة أن رسول الله قال : « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات » . أى غير متطيبات .

واستمر الأمر كذلك وهن يخرجن الى المساجد بعد وفاته ، ولكن حدث أن تغيرت أحوالهن ، ففكر البعض فى منعهن ، وقامت مناقشة بين المانعين

= ١ - دراهم كل عشرة منها وزن عشرة مثاقيل .
٢ - دراهم كل عشرة منها تزن ستة مثاقيل .
٣ - دراهم كل عشرة منها تزن خمسة مثاقيل .

ولما اختلف عمال بيت المال مع أرباب الأموال حين جبايتهم الزكاة ، فأراد العمال أخذها من النوع الأول ، وأصحاب الأموال يريدون دفعها من الثالث ، ورفع الأمر الى عمر فجمع الأنواع الثلاثة وأخذ متوسطها وهو سبعة ، وقرر أن تكون الدراهم كل عشرة وزن سبعة واستقر الأمر على ذلك فى جميع المقررات الشرعية بالدراهم . راجع الأموال لأبى عبيد ، ونصب الراية جـ ٤ ص ٣٦١ وما بعدها ، والفتح الربانى بترتيب مسند الامام أحمد جـ ١٦ ص ٤٧ ، وكشف الغمة جـ ٢ ص ١٣٦

(١) ولقد قرر الفقهاء أنه لو وجد تناصر بغير ذلك نقل الحكم اليه راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٨ ص ٤٠٣

(٢) فى بحث تغير الأحكام بتغير العرف

(٣) السنن جـ ١ ص ١٥٥

لهذا التغيير ، والمجوزين له المتمسكين باذن الرسول ، فيقول عبد الله بن عمر — وهو من الواقفين عند النصوص — ائذنوا للنساء بالخروج الى المساجد ، فقد أذن لهن رسول الله ، فيرد عليه ابنه واقد قائلا : والله لا نأذن لهن فيتخذنه دغلا .

وتجيء أم المؤمنين عائشة وتؤيد وجهة المانعين فتقول : « لو أدرك رسول الله ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني اسرائيل »

ومن ذلك نهيه عليه السلام عن التقاط ضالة الابل حيث قال للسائل « مالك ولها دعها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » ، فلما كان زمن عثمان أمر بأخذها وتعريفها ثم بيعها وحفظ ثمنها حتى يجيء صاحبها فيأخذه ، وعلىّ من بعده يأمر بأخذها وعلفها من بيت المال حتى يجيء ربها .

ومن ذلك التسعير فان رسول الله لم يفعله حينما طلب منه فيما رواه أبو داود [1] من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى رسول الله فقال : يارسول الله سعّر لنا ، فقال : « بل ادعو الله » ، ثم جاء آخر فقال: يارسول الله سعّر لنا ، فقال : « بل الله يرفع ويخفض ، واني لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليس لأحد عندى مظلمة » وفي رواية الترمذى أن رسول الله قال لهم : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر ، واني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال »[2] .

فالرسول لم يجبهم إلى طلبهم ولم يسعر ، ولكن بعض فقهاء التابعين أفتوا بجواز التسعير ، والأئمة من بعدهم جوزوا ذلك على اختلاف بينهم في وقته متى يكون ، وكيفته . كما فصله ابن القيم في الطرق الحكمية [3] .

---

(1) السنن جـ ٣ ص ٢٧٢

(2) كشف الغمة جـ ٢ ص ٦

(3) ص ٢٢٣ وما بعدها .

فهل كان حكم رسول الله فى امتناعه عن التسعير شرعاً عاماً دائماً وهؤلاء خالفوه ؟

لا نظن ذلك ، وانما كان حكمه عليه السلام حسب مقتضيات الأمور فى وقته ، وأنه لم يحدث ما يقتضى التسعير ، كما يقول ابن القيم : « وإنما لم يقع التسعير فى زمن النبي بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحيناً وخبزا ، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه فى بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ، بل يشتريه الناس من الجلابين ، ولهذا جاء فى الحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ، وكذلك لم يكن فى المدينة حائك ، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها .

ويؤيد ذلك كله أنه جاء فى بعض الروايات « غلا السعر على عهد رسول الله فقال الناس : يارسول الله سعّر لنا » ، فالذى حدث فى عهده مجرد غلاء السعر ، وهو أمر يتبع فى الغالب قضية العرض والطلب .

ومن يتتبع سنة رسول الله يجد أمثلة أخرى من هذا النوع .

وفى رأيى أن ما فعله عمر فى سواد العراق حين تم فتحها كان مبنياً على هذا الأصل ، لأن رسول الله قسم أربعة أخماس الغنيمة على المجاهدين لا فرق بين أرض وغيرها لما وجد المصلحة فى ذلك .

فلما رأى عمر المصلحة فى ابقاء الأرض وفرض الخراج عليها فعله . فهو قد فهم أن هذا الأمر مفوض الى الرسول باعتباره إماماً يختار الأصلح للأمة ، ولولا ذلك ما ساغ له أن يخالف بحكم رسول الله .

ويؤيد هذا ويؤكده ما رواه البيهقى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال للركن : « أما والله انى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولكنى رأيت رسول الله استلمك وأنا أستلمك ، فاستلمه ، وقال : ما لنا وللرمل انما راءينا به المشركين وقد أهلكهم الله ، ثم قال : شىء صنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نحب أن نتركه ثم رمل » .

فهذان أمران من الأمور التعبدية لم يظهر لعمر الحكمة فى أولهما ، بعد أن ظهرت له فى ثانيهما وأنها انتهت ، ولكنه آثر أن يكون متبعاً فيهما لعدم المصلحة فى التغيير .

على أن فى السنة نوعاً آخر كان الرسول يعزم على الأمر فيشير عليه أحد أصحابه بأن المصلحة فى غيره ، وأن تنفيذه يترتب عليه مفسدة ، فينزل الرسول على مشورة أصحابه .

فالبخارى يحدثنا بسند عن يزيد بن أبى عبيد مولى سلمة بن الأكوع عن سلمة رضى الله عنه قال : خفت أزواد القوم وأملقوا ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فى نحر ابلهم ، فأذن لهم ، فلقيهم عمر رضى الله عنه فأخبروه ، فقال : ما بقاؤكم بعد ابلكم ، فدخل على النبى فقال : يارسول الله : ما بقاؤهم بعد ابلهم ؟ ، فقال رسول الله : ناد فى الناس يأتون بفضل أزوادهم ، فبسط لذلك نطع ، وجعلوه على النطع ، فقام رسول الله فدعا وبرك عليه ، ثم دعاهم بأوعيتهم فاحتسى الناس حتى فرغوا ، ثم قال رسول الله : « أشهد أن لااله الا الله وأنى رسول الله » (1) .

كما يحدثنا مسلم فى صحيحه بسنده أن رسول الله بعث أبا هريرة ينادى فى الناس : « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » فوجده عمر فرده ، وقال له : ارجع يا أبا هريرة ، ثم دخل على رسول الله فقال : يارسول الله ، أأنت قلت لأبى هريرة كذا وكذا ؟ ، فقال له النبى نعم ، فقال عمر : لا تفعل فانى أخشى أن يتكل الناس فخلهم يعملون ، وقد أقره النبى على ذلك وقال : « فخلهم » .

ومن هنا جاء مارواه البخارى فى صحيحه فى كتاب العلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم كان راكباً ومعاذ رديفه على الرحل ، فقال يامعاذ ابن جبل : قال : لبيك وسعديك ، قال ما من أحد يشهد أن لا اله الا الله

---

(1) القسطلانى ج ٤ ص ٢٨٤

صدقاً من قلبه الا حرمه الله على النار ، قال معاذ يارسول الله : أفلا أخبر الناس فيستبشروا ، قال : « اذن يتكلوا » ثم ان معاذا أخبر بها قبل موته فى آخر حياته خشية أن يكون ممن يكتم العلم .

من هذا كله يتجلى لنا فى وضوح أن نصوص السنة — وهى أكثر مما جاء فى القرآن — لم تكن عقبة فى سبيل تطور التشريع ، بل انها رسمت طريق التطور ببيانها أن الأحكام تدور مع المصلحة ، فحيثما توجد المصلحة فثم شرع الله .

ومما تجب ملاحظته هنا أننا لم نقصد بنقل تلك التقسيمات ، وبيان أن فى السنة نوعاً يتغير حسب المصلحة توهين أمر السنة ، وفتح باب التهجم عليها والتغيير فيها .

انما قصدنا به بيان حقيقة السنة ، وأنها جاءت لتحقيق مصالح الناس والمحافظة عليها ، بعد أن أزالت العقبات من طريقها .

والكشف عن خطأ الذين فهموا أن جميع ما صدر عنه عليه السلام دين عام لازم لا يتغير ، وأنهم بزعمهم هذا قد سببوا طعوناً عديدة لشريعة الله .

ومن جهة أخرى ننبه الى أن المقسمين أنفسهم جعلوا القسم الذى صدر عنه باعتبار امامته من اختصاص الامام يتصرف فيه حسبما يرى المصلحة ولم يجعلوه للأفراد أيا كانت منزلتهم حتى يقال : إنه توهين وفتح لباب التبديل والتغيير فى سنة رسول الله .

تفسير النصوص

بقى أن نعرف أن أخذ الأحكام من المصادر النقلية « القرآن والسنة » يتوقف على فهم مراد الشارع ، وهذا الفهم يتوقف بدوره على وضوح معانيها ، أو تفسير ما خفى منها ، أو تأويلها التأويل السليم عند خفاء المراد وعدم تفسيرها .

وقد قدمنا أنها متنوعة الدلاله ، فنها ما هو قطعى فى دلالته على مراد الشارع ، فيه من الصراحة والوضوح ما يغنى الفقيه عن البحث ، ومنها ما هو ظنى فى دلالته . اما لخفاء المراد منه ، أو لما فيه من احتمال للدلالة على معان أخرى يحتاج الوقوف على غرض الشارع منه الى اجتهاد المجتهدين .

ومن هنا قسم الأصوليون الألفاظ الواردة عن الشارع بالنسبة الى أصل دلالتها على معانيها الى ألفاظ ظاهرة الدلالة ، وأخرى خفيتها ، وكلاهما على درجات ، فمن ظاهر الى نص الى مفسر الى محكم ، ومن خفى الى مجمل الى مشكل الى متشابه ، كما قسموها بالنسبة الى كيفية الدلالة وطريقها الى دال بالعبارة ، ودال بالاشارة ، ودال بالدلالة ، ودال بالاقتضاء ، وانقسمت الدلالات تبعاً لذلك الى أنواع أربعة . عبارة واشارة ودلالة واقتضاء .

ومن تتبع نصوص الشارع وجد منها نصوصاً واضحة الدلالة بنفسها لا غموض فيها ، كما يجد فيها نوعاً آخر فيه غموض وخفاء فى دلالته . بين الشارع المراد منه بنصوص أخرى . مقتصراً فى بيانه على ما دعت اليه الحاجة حينذاك ، وترك ما لم توجد حاجة الى تفسيره (1) ، غير أن بيانه لم يكن فى درجة واحدة ، فمنه ما كان بياناً شافياً قاطعاً أزال الغموض والخفاء ، كما فى بيانه عليه السلام المراد من الصلاة والزكاة والحج الواردة فى القرآن مجملة ، فصلى بهم ، ثم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وأخذ الزكاة وبين أنواعها أجلى بيان ، وكذلك الحج حتى قال : « خذوا عنى مناسككم » ، فهذا البيان جاء بدليل قطعى فى دلالته فسماه الأصوليون تفسيراً ، كما سموا النص المجمل بعد هذا التفسير مفسراً ، فان كان الدليل المبين ظنياً لم يكن البيان تفسيراً بل تأويلا ، ويسمى النص المجمل بعده مؤولا كما فى بيان مقدار المسح بحديث المغيرة .

---

(1) ولذلك كان يكره منهم كثرة الأسئلة من غير حاجة لمجرد الأسئلة أو للتشدد فى المطلوب فقال لهم غاضباً : « ذرونى ما تركتكم فانما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم على أنبيائهم » .

ومنه ما لم يكن كذلك ، كما فى بيانه لنص الربا المجمل فى قوله تعالى "وحرم الربا" حيث بينه فى حديث تحريمه فى الأشياء الستة « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فاذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » .

فان هذا البيان لم يكن قاطعاً ، حتى قال عمر بن الخطاب : « توفى رسول الله ولم يبين لنا أبواباً من الربا » .

ومثل هذا البيان لا يسمى فى عرف الأصوليين تفسيراً ولا تأويلا وانما يسمى تفصيلا وازالة للاجمال (١) .

فاذا كانت النصوص واضحة بذاتها قاطعة الدلالة وجب العمل بما ظهر منها دون العدول عنه الى غيره ، واذا كانت مفسرة بقاطع وجب العمل بما أريد بها بعد التفسير ، ولا يجوز العدول عنه بالاجتهاد ، كما يمتنع تأويلها بمعنى غير ماورد به التفسير ، فكل تأويل فى نص مفسر بين سواء كان مفسراً بنفسه أو بنص لا حق له يخرجه عن المراد به لا يلتفت اليه ، ومن هنا قيل : « لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح » لأن تبيين الشارع مراده منها بما لا شك فيه دليل على منع اعمال الفهم والاجتهاد فيها بما يخرجها عما أراده .

واذا كانت القوانين الوضعية — وهى من صنع البشر — تمنع من مخالفة بعض النصوص ، وهى المتعلقة بالنظام العام ، فمنعت الناس من أن يتفقوا على العمل بما يخالفها ، كما منعت القضاة من الحكم بما يخالفها أو الاجتهاد فى حكم من أحكامها ، فأى غضاضة فى أن يكون فى التشريع الاسلامى نصوص يمتنع على المجتهدين مخالفتها أو الاجتهاد فى موضوعها ؟؟!!

---

(١) جاء فى كتاب التحرير وشرحه التيسير ج ١ ص ٢٣٤ : المجمل اذا الحقه البيان خرج عن الاجمال بالاتفاق بين الحنفية والشافعية . وسمى مبيناً عند الشافعية ، والحنفية قالوا : ان كان البيان شافياً رافعاً للاجمال رأساً بقطعى فمفسر كبيان الصلاة والزكاة ، وان كان البيان بظنى فمؤول كبيان مقدار المسح بحديث المغيرة ، أو كان البيان غير شاف خرج المجمل عن الاجمال الى الاشكال كبيان العدد بالحديث الوارد فى الأشياء الستة فانه يبقى فيه الاشكال بعد ما ارتفع الاجمال باعتبار مناط الحكم ، هل هو الجنس والقدر ، أو الطعم أو غير ذلك .

أما اذا كانت النصوص مبينة بغير قاطع أو كان بيانها غير شاف ، أو لم يرد لها بيان أصلا فانه لا يمتنع الاجتهاد فيها ، بل ان مسلك الشارع فيها يؤذن بالاجتهاد ان لم يكن أمراً به ، وهذه يكون للتأويل مجال فيها ، مع ملاحظة أن الأصل فيها هو حملها على ما يتبادر منها حتى يوجد دليل يدل على خلاف ذلك فيعمل بمقتضى الدليل .

فالنص العام الظاهر فى ارادة العموم مع احتماله للتخصيص ليس قاطعاً فى أحد الأمرين ، فيحمل على ظاهره ، وهو العموم ولا ينتقل منه الى الآخر الا اذا وجد دليل التخصيص .

وكذلك المطلق يحمل على اطلاقه حتى يوجد دليل التقييد ، وهكذا فى كل محتمل .

فقوله تعالى "حرمت عليكم الميتة والدم" ظاهر فى تحريم كل ميتة وكل دم ، ولكن هذا العموم غير مراد للشارع ، لوجود ما يصرفه عنه ، وهو قوله تعالى "قل لا أجد فيما أوحي الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً" ، فانه خص الدم المحرم فى الآية السابقة بالمسفوح بعد أن كان ظاهراً فى كل دم ، وحديث «أحلت لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالحوت والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال» (١)

وكذلك قوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" (٢) فانه يتبادر منه أن كل مطلقة عدتها ثلاثة قروء نظراً لعموم لفظ المطلقات ، ولكن هذا العموم غير مراد للشارع ، لوجود الدليل الصارف له عن العموم فقوله تعالى "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" (٣)، وقوله فى المطلقات قبل الدخول "فمالكم عليهن من عدة تعتدونها" (٤) فهذان النصان بينا

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٨ ص ١٢٢
(٢) البقرة — ٢٢٨
(٣) الطلاق — ٤
(٤) الأحزاب — ٤٩

أن من المطلقات من تعتد بوضع الحمل ، ومنهن من لا عدة عليها فصرف العموم فى الآية الأولى عن ظاهره الى الخصوص .

فاذا لم يوجد دليل صحيح يصرف اللفظ عن ظاهره حمل على ما يتبادر منه ، ولا يجوز صرفه عنه بغير دليل ، كما لا يجوز صرفه الى معنى بعيد لا يحتمله اللفظ ، لأنه يكون تأويلا بعيداً غريباً .

ومن هنا قسموا التأويل الى قريب من الفهم يترجح بمرجح ما وهو القرينة ، وبعيد عنه ، وهو لا يصار اليه الا بباعث قوى ، وأنكروا على فقهاء الحنفية بعض التأويلات لبعدها عن الفهم وغرابتها مع مقصود الشارع (١) .

فأنت ترى أن للشارع تفسيراً واضحاً قاطعاً فى بيان مراده ، وبه يخرج النص عن كونه محلا للاجتهاد ، وله تفسير آخر ليس قاطعاً ، لذلك سماه العلماء تأويلا أو تفصيلا لمجمل ، وهذا البيان لا يغلق باب الاجتهاد ، بل العكس هو الصحيح انه اذن صريح به .

ولما لم يفسر الشارع كل شىء تفسيراً قاطعاً كان للفقهاء المجتهدين نصيب منه سمى فى الاصطلاح — فى أغلب صوره — بالتأويل .

وان كان لا يوجد مانع لغة ولا عرفاً يمنع من تسميته تفسيراً ، ومجال هذا واسع ، فتفسير لألفاظ النص ليتبين مراد الشارع ، الى الجمع بين النصوص عند تعارض ظواهرها ، الى استنباط علل النصوص لتتسع دائرتها فيدخل فى أحكامها ما يتساوى مع موضوعها فى علة التشريع بطريق القياس

---

(١) راجع التحرير بشرح التيسير ج ١ ص ٢١٠ وما بعدها . وشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٢ ومابعدها . من هذه التأويلات تأويلهم لقوله تعالى فى كفارة الظهار " فاطعام ستين مسكيناً " المراد . اطعام طعام ستين مسكيناً . اذ حاجة واحد فى ستين يوماً كحاجة ستين مسكيناً .

وقولهم فى حديث « ايما أمرأة نكحت نفسها من غير اذن وليها فنكاحها باطل » : ان المراد به الصغيرة والأمة والمكاتبة والمعتوهة ، أو أنه يؤول الى البطلان غالباً لاعتراض الولى .

الى الاستثناء من عمومات النصوص والأقيسة عند التطبيق رفعاً لحرج أو تحصيلا لمصلحة أو دفعاً لمفسدة ، فاذا لم يكن شيء من ذلك اتجه المجتهد نحو العرف ان وجده ، وإلا عمد الى مقاصد التشريع العامة يطبقها فى حذر .

والمجتهد فى كل هذه المسالك يفتش عن حكم الشارع ومقصوده ، فهو مقيد بذلك ممنوع من اتباع الهوى ، والميل عن الطريق المستقيم ، فان وفق وأصاب كان صاحب الأجرين ، وان كانت الأخرى كان معذوراً مأجوراً على ما بذله من جهد .

ومن هنا نستطيع أن نقول : ان للتفسير نوعين . تفسير المشرع نفسه وتفسير آخر يقوم به الفقهاء عند استنباطهم الأحكام من النصوص للافتاء ، والقضاة المجتهدون عند الفصل فى الخصومات التى تعرض عليهم ، وهذا النوع لم يوجد الا بعد انتهاء عصر الرسالة ، بعد انتهاء عصر التشريع على الحقيقة فى عصر التطبيق ، فى عصر الاجتهاد .

مدارس التفسير

على أن الفقهاء لم يسيروا فى التفسير على طريقة واحدة ، بل كانت لهم طرائق متنوعة .

واذا كان للتفسير عند رجال القانون الوضعى مدارس مختلفة فى مناهجها فقد كان له مدارسه عند الفقهاء المسلمين . بيد أن هذه كانت لها الأسبقية الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعاً لأسبقية الاسلام على تلك القوانين ، فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين فى أواخر القرن الأول الهجرى ، وأوائل القرن الثامن الميلادى عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأى ، واعتدل فيهما المعتدلون ، وتغالى آخرون ، بينما لم تظهر المدارس القانونية الا فى أوئل القرن التاسع عشر .

ومما يلاحظ هنا أن هذه المدارس تتشابه ، فكل مدرسة من مدارس تفسير القانون الثلاثة لها نظير من مدارس التفسير عند الفقهاء تقاربها

فى الطريقة ، الأمر الذى يحمل على الظن بأن المتأخرة أخذت من المتقدمة أو رسمت خطوطها على ضوئها على الأقل ، بعد أن أخذت تلك القوانين من الفقه الاسلامى الكثير من الأحكام .

فمدرسة التزام النص التى قدست نصوص التشريع ، بل وترتيبها حتى لكأن نصوصه تنزيل من عند الله —على حد تعبير الدكتور كيره [1]— فحاولت الوقوف على ارادة المشرع وقت التشريع لاوقت التطبيق بالبحث عن ارادته الحقيقية ان أمكن الوقوف عليها ، والا فيبحث عن ارادته المفترضة ، فتفسير النصوص عند أصحاب هذه المدرسة يكون تفسيراً لفظياً لغوياً اذا كان النص واضحاً ، والا رجع المفسر الى عناصر خارجية ، كحكمة التشريع أو الأعمال التحضيرية أو غيرها ، فاذا لم يوجد شيء من ذلك لجأ الى الاستنباط بطريق القياس ، أو من باب أولى ، أو من مفهوم المخالفة ، فاذا لم تفلح طرق الاستنباط فى ايجاد حلول لفروض العمل الجديدة يلجأ المفسر الى استخلاص المبادىء والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة وينسبها الى المشرع قبل أن يعتمد عليها فى استخراج الحلول اللازمة لما جد من فروض .

وهذه المدرسة تشبه الى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معانى كثيرة بطريق القياس أومفهوم الموافقة أو المخالفة بأنواعه ، ولا يخرجون عن مقتضى النص حتى ولو تغيرت العلة التى من أجلها شرع الحكم ، أو كان النص وارداً لحالة خاصة ، فيجعلونه شرعاً عاماً أبدياً لازماً .

وإذا كان لهؤلاء عذرهم فى تقديس نصوص تشريعية نزل بها الوحى من عند الله فأى عذر لأولئك الذين يقدسون نصوصاً تشريعية من وضع البشر تغير عليها الزمن وتبدلت ملابساتها ؟!

---

(1) أصول القانون ص ٥١٦ وما بعدها .

والمدرسة الاجتماعية التى ظهرت فى ألمانيا ، وتسير فى تفسير النصوص على وفق ما تكون عليه الظروف وقت التفسير ، وليس لارادة المشرع عندها قيمة فى ذاتها .

وطريقة هذه المدرسة تشبه الى حد كبير طريقة نجم الدين الطوفى الحنبلى الذى ذهب فى العمل بالمصالح مذهباً جاوز فيه الحد ، فجعلها قاضية على النصوص والاجماع وسائر الأدلة ، فطريقته تتلخص فى أن العبرة بالمصلحة المتفقة مع الظروف القائمة ، وافقت غرض الشارع وقت التشريع أم خالفته ، وهذه الطريقة نقدها العلماء نقداً جارحاً تعداها الى عقيدة صاحبها ، فلم تجد لها أنصاراً يؤازرونها الا من شذ وقصد اتباع هواه تحت ستار المصلحة الشرعية .

والمدرسة العلمية التى جاءت تحارب المدرستين السابقتين ، تحارب فى الأولى عبودية النص ، وأنها تلجأ الى طرق لا يؤمن معها الخطأ ، كمفهوم المخالفة ، مع أنها تؤدى الى جمود القانون وعرقلة تطوره .

وفى الثانية اخراجها للتفسير عن وظيفته بجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع ، فلا يكون للقانون عندها ثبات ولا استقرار .

وطريقة هذه المدرسة أنه يجب الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية لا المفترضة وقت التشريع ، فاذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، كالعرف ، فان عجزت المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة يتجه الى البحث العلمى الحر ، ويقصد بذلك رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، يستلهم منها الحلول المطلوبة .

نجحت هذه المدرسة وكان لها الغلب فى النهاية ، وسار على طريقتها كثير من شراح القانون ، واتبعها المشرع المصرى ، وهى تشبه الطريقة التى سار عليها جمهور الفقهاء الذين يعملون بالمصلحة والاستحسان ،

لأن العمل بهما عمل بروح التشريع لابتنائهما على قاعدتين من قواعده العامة ، هما جلب المصالح ودفع المضار ، ورفع الحرج عن الناس ، وهى الطريقة المفضلة فى الفقه الاسلامى .

المصادر التبعية

واذا ما جاوزنا دائرة النصوص ويممنا نحو المصادر الأخرى التى تدخل فى تفسير النصوص وجدناها واسعة الرحاب تجعل من الفقه الاسلامى فقهاً واقعياً بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان جليلة ، فمن اجماع الى قياس الى استصلاح الى استحسان الى غير ذلك .

وهذه المصادر لو استعملت على وضعها السليم الذى سار عليه الرعيل الأول من فقهاء الاسلام من لدن الخلفاء الى عصر تكوين المذاهب الفقهية لما وجد العاملون بهذا الفقه حرجاً ولا مشقة ، ولما ضاق عندهم عن تقبل كل جديد معقول .

الاجماع

أما الاجماع فتقوم فكرته على مبدأ الشورى المشروعة فى الاسلام ،وهى من الأمور الأساسية فيه ، بدليل أن القرآن قرنها بالاستجابة لله ، ووضعها بين إقامة الصلاة والانفاق فى سبيله فى وصف المؤمنين فى قوله سبحانه "والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون " (١) .

ولأن الله أمر رسوله بها مع نزول الوحى عليه فى قوله جل شأنه"وشاورهم فى الأمر " (٢) ، أمره بالمشاورة بعد ما استشارهم فى غزوة أحد فأشاروا عليه بالخروج من المدينة لملاقاة العدو خارجها ، مع أنه كان من رأيه البقاء

---

(١) الشورى — ٣٨

(٢) آل عمران — ١٥٩

فيها والدفاع عنها ، وترتب على أخذه برأيهم هزيمة المسلمين ، فأمره بالعفو عنهم والاستغفار لهم والمشاورة "فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الأمر" ، ولعل طلب العفو والاستغفار كان لما وقع منهم من المخالفة لرأيه فى أثناء الموقعة .

والقرآن لم يحدد صورة خاصة للشورى ، لاختلاف النظم الشورية باختلاف الأمم والأزمان ، كما لم يشترط لتحققها عدداً خاصاً . والرسول عليه السلام فى مشاوراته لم يكن يستشير كل أحد أو جميع أصحابه ، بل استشار أصحاب الرأى الناضج منهم ، وقال لعلى لما سأله عن الأمر ينزل بهم ليس فيه قرآن ولا سنة : " اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد".

وعلى هديه سار الخلفاء الراشدون من بعده ، فأبو بكر كان يجمع رؤوس الناس وخيارهم ، وكذلك عمر الا أنه كانت له شورى خاصة ، وأخرى عامة يجمع الناس فى المسجد بنداء « الصلاة جامعة » ، ويعرض عليهم الأمر ، وشورى خاصة يستشير فيها عثمان وعلى بن أبى طالب وعبد الرحمن ابن عوف والعباس وزيد بن ثابت ، فكان اذا رفعت اليه حادثة يقول : ادعوا لى علياً ، وادعوا لى زيداً ، وادعوا عبد الرحمن بن عوف الخ ، ويستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه .

ويظهر لى من تتبع مواضع اجماعاتهم أنها لم تكن الا نتيجة رأى الأغلبية المكونة من رؤسائهم وخيارهم ، ولم ينقل لنا أن أحداً من الخلفاء عطل العمل بما وصلوا اليه بالمشورة حتى يقف على رأى من كان خارج المدينة . نعم ان عمر منع كبار الصحابة وأهل الرأى من الخروج من المدينة ليسهل الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، ولكنا مع ذلك لا نستطيع الجزم بأن هؤلاء — على فرض اتفاقهم فى الرأى — هم كل المجتهدين فى عصره حتى يشترط فى الاجماع اتفاق جميع المجتهدين .

فيكون اجماع الصحابة عبارة عن اتفاق رؤسائهم أو الأغلبية . أصحاب الرأى الناضج فيهم ، ولهذا كان اجماعهم سهلا استقام به أمرهم ، وكان عاملا من عوامل مرونة التشريع الاسلامى أمام حوادث الأيام المتجددة والمدنيات المتنوعة .

أما الاجماع الذى صوره الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين من هذه الأمة فى أنحاء الدولة الاسلامية فى عصر من العصور فلن يتحقق الا من طريق الصدفة ، أو فيما علم من الدين بالضرورة . وصدق الشافعى اذ يقول : « من أدعى الاجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا ».

ولو سار حكام المسلمين فى جميع العصور على طريقة الخلفاء الراشدين لما تخلف الفقه الاسلامى عن التطور ، ولما حلت محله القوانين الوضعية الغربية فى بقعة من بلاد الاسلام .

القياس

وأما القياس فيرجع فى أصله (أولا) الى تعليل الشارع الأحكام مبيناً أنه شرعها لما يترتب عليها من تحقيق مصلحة من جلب منفعة ، أودفع مضرة أو رفع حرج ، وكل أحكام التشريع الاسلامى ترجع الى واحد من هذه الأمور

(وثانياً) الى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقيسة فى اجتهاداته ، وأقيسة أصحابه ، فالتعليل مع تطبيق الرسول واصحابه هما أساس القياس فى الفقه الإسلامى .

وعلى هذا يكون مدار القياس على تساوى الحوادث الجديدة بالحوادث المنصوص عليها فى العلل والمصالح ، فما دام الحكم الذى يراد تشريعه فى المسكوت عنه يحقق مصلحة للناس فهو حكم شرعى صحيح ، وليس بلازم أن يوجد للمصلحة الجديدة نظير بشخصها وذاتها ، بل يكفى اندراجها تحت جنس مصلحة أخرى اعتبره الشارع كما يقول علماء الحنفية : ان كل مصلحة اعتبر الشارع جنسها تصلح علة لحكم شرعي اعتبر الشارع جنسه .

فاذا وجدنا الشارع أباح تصرفاً من التصرفات لحاجة الناس اليه صح أن يقاس عليه تصرف آخر ثبتت حاجة الناس اليه لاشتراك التصرفين فى كون كل منهما رافعاً للحرج عنهم .

فالأصل فى التعليل أن يكون بالمصلحة ، وهو المأثور عن الفقهاء فى عصور الاجتهاد ما كانوا يعللون الا بها (١)، وعدول الأصوليين عن التعليل بالمصلحة إلى التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة ليس ابطالا للتعليل بها ، وانما هو من أجل الضبط .

يدلنا على ذلك أنهم شرطوا فى صحة التعليل بالوصف الظاهر . أن يكون مشتملا على حكمة تبعث المكلف على الامتثال ، وتصلح شاهداً لاناطة الحكم بالعلة كحفظ النفوس مثلا .

وصرحوا بأن العلة على الحقيقة هى المصلحة ، والوصف الظاهر ضابط لها فقط .

يقول امام الحرمين فى غير موضع من كتابه البرهان : « إن الأصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لاصطلاح كل واحد ، فيقع الخلط فى الاجتهاد ، بعد أن قرر أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعللون بالمصالح ، ويتبعونها فى اجتهادهم ، ولكنهم لم يضبطوا هذه المسالك ، وأن الرواة لم يضبطوها كذلك » .

والغزالى فى المستصفى(٢) يصرح بأن المصلحة هى التى توجب الحكم ولكن لما كانت سراً قد لا يطلع عليه علل بالوصف الذى هو مظنتها .

والشاطبى فى موافقاته(٣) يقول : « وأما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح التى تعلقت بها الأوامر أو الاباحة ، والمفاسد التى تعلقت بها النواهى

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام » فى بحث التعليل بالحكمة .
(٢) ج ٢ ص ٣١٠
(٣) ج ١ ص ٢٦٥

ثم قال : «فعلى الجملة . العلة هى المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها كانت ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة » .

ويقول القرافى فى مختصر التنقيح[1] : « والحكمة هى التى لأجلها صار الوصف علة ، كذهاب العقل الموجب لجعل الاسكار علة » . . والمظنة هى الأمر المشتمل على الحكمة الباعثة على الحكم اما قطعاً كالمشقة فى السفر ، أو احتمالا كوطىء الزوجة بعد العقد فى لحوق النسب ، فما خلا عن الحكمة فليس بمظنة » .

والكمال بن الهمام فى تحريره يصرح فى غير موضع : «بأن العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المسمى حكمة ، وأن الوصف الظاهر مظنة العلة لا نفس العلة ، لكنهم اصطلحوا على اطلاق العلة عليه » .

ويقول عضد الدين فى شرحه لمختصر ابن الحاجب[2] : « فلو وجدت حكمة مجردة ، وكانت ظاهرة بنفسها منضبطة بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها جاز اعتبارها وربط الحكم بها على الأصح ، لأنا نعلم قطعاً أنها المقصودة للشارع واعتبر المظنة لأجلها لمانع خفائها واضطرابها ، فاذا زال المانع من اعتبارها جاز اعتبارها قطعاً » .

هذا وقد عرف الأصوليون الوصف المناسب الذى يصح التعليل به . بأنه الوصف الذى لو شرع الحكم معه يكون فى تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج .

ومن ذلك كله نعرف أن أساس التعليل بناء الحكم على المصلحة .

ولو وقف الفقهاء بالقياس فى حدود هذه الدائرة ، دائرة المصلحة لما شذ قياس عن تحقيق المصلحة للناس ، ولكن المتأخرين منهم أغفلوا هذا الأصل ، وساروا بالقياس وراء مجرد الشبه ، فحرموا الكثير مما تدعو حاجة

(١) ص ١٢٤
(٢) جـ ٢ ص ٢١٤

الناس اليه ، ولو لاحظوا أن التحريم فى أصله محدود الدائرة ، وأن الشارع فصل المحرمات "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" ، وأن الأصل فى الأشياء الاباحة ، وأن الشارع لم يرد التضييق على الناس بالتشريع ، بل انه جعله رحمة لهم ، لو لاحظوا ذلك كله مع فتحه باب الاستثناء عند الضرورة والحاجة لما اندفعوا فى هذا الطريق يحرمون على الناس أشياء وأشياء بمجرد الأشباه البعيدة .

وان هذا التحريم يؤول فى نهايته الى أنه تحريم بغير دليل شرعى معتبر ، فيصدق عليه مقالة الامام ابن تيمية فى فتاويه : « اننا ان حرمنا ما يجرى بين الناس فى المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد حرمنا ما لم يحرمه الله » .

الاستحسان

على أن الفقهاء الذين اعتدلوا فى العمل بالقياس لم يلتزموا سننه فى كل جزئياته ، بل ساروا معه ما استقامت لهم الأمور ، فاذا التوى بهم ، أو بان منه العنت والحرج تركوه ، وبحثوا عن طريق آخر ليخرج الناس من الحرج والضيق الى السعة واليسر عملا بقواعد الشريعة الكلية المستنبطة من نصوصها وأحكامها « اذا ضاق الأمر اتسع »[1] ، « والضرورات تبيح المحظورات» « والمشقة تجلب التيسير » .

وهذا الطريق الآخر هو المعبر عنه عندهم بالاستحسان ، وهو بوجه عام يرجع الى ترك العمل بالدليل فى بعض جزئياته لما يجلب من المشقة أو الحرج ، والعمل بدليل آخر يرفع تلك المشقة ، ويدفع ذلك الحرج .

وقديماً كثر الخلاف فى الاستحسان بين الأئمة وأتباعهم ، فخلاف فى اعتباره والاعتداد به ، وآخر فى تعريفه وبيان المراد به ، وثالث فى تفصيل أنواعه .

---

(١) يقول الحموى فى غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر جـ ٢ ص ١٥٢ : « المراد بالاتساع الترخص عن الأقيسة وطرد القواعد ، والمراد بالضيق المشقة » .

ولا يعنينا هنا تفصيل هذا الخلاف ولا الفصل فيه ، بل سنكتفى بالكلام عليه باعتباره مظهراً من مظاهر الواقعية فى الفقه الاسلامى ، حيث انه فى أغلب صوره يأتى على هيئة الاستثناء من القواعد الكلية ، أو من تطبيقات الأقيسة الفقهية ، وهو بهذا المعنى لا يستطيع أحد انكاره ، لتقرر أصله فى القرآن ، والسنة من ورائه مؤكدة ومبينة ، يقول الله تعالى بعد عده أنواعاً من المحرمات "إلا ما اضطررتم إليه" ، وفى آية أخرى يقول "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه" .

والرسول يطبق ذلك ، فيحرم شجر الحرم وحشائشه ، ثم يستثنى الاذخر استجابة لسؤال عمه العباس الذى بين له حاجتهم اليه ، وعدم استغنائهم عنه ، كما ينهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، ويرخص فى السلم ، وهو نوع من المنهى عنه ، وينهى عن بيع الرطب بالتمر خرصاً وتخميناً ، ثم يرخص فى العرايا ، وهى فرد من أفراده ، وينهى عن الربا ويبيح القرض ، وهو نوع منه للحاجة .. وينهى الرجال عن لبس الحرير ، ثم يرخص فى لبسه اذا وجدت حاجة اليه ، أو مصلحة فى لبسه (١) . وغير ذلك كثير تجده فى ثنايا السنة الصحيحة .

فالذى ينكر ذلك يكون منكراً لأصل من الأصول الشرعية ، وهو تشريع الرخصة التى يقول الرسول فى شأنها : « ان الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » .

---

(١) جاء فى زاد المعاد جـ ٢ ص ٨٧ وما بعدها . روى فى الصحيحين من حديث قتادة عن أنس بن مالك قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف والزبير ابن العوام رضى الله عنهما فى لبس الحرير لحكة كانت بهما ، ثم قال : روى النسائى من حديث أبى موسى الأشعرى عن النبى أنه قال : « ان الله أحل لاناث أمتى الحرير والذهب وحرمهما على ذكورها » وفى رواية البخارى عن حذيفة قال : نهى رسول الله عن لبس الحرير والديباج وأن يجلس عليه ، وقال : « هو لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة » .

ويقول ابن القيم بعد هذا : ان حديث الرخصة يفيد أن الحرير محرم على الرجال الا لحاجة ومصلحة راجحة ، فالحاجة اما من شدة البرد ولا يجد غيره ، أو لا يجد سترة سواه ، ومنها الباسه للجرب والمرض والحكة » .

فان قالوا : اننا نقف بالاستثناء عندما وقفت النصوص لانتعداها ، والا كنا مشرعين بالهوى من غير دليل . قلنا لهم : ان قول الله عز وجل "إلا ما اضطررتم اليه" وما فى معناه من الآيات الأخرى يعتبر مبدأ عاماً وقاعدة كلية فصلت منه السنة ما اضطر اليه الناس فى زمن النبوة ، وتركت باب التفصيل مفتوحاً من غير اغلاق ، وأذنت للمجتهدين فى دخوله ليشرفوا منه على مصالح الناس ، فيرفعوا عنهم الحرج تطبيقاً لقوله سبحانه "وما جعل عليكم فى الدين من حرج، " وليجعلوا به شريعة الله رحمة لعبادة، كما أرادها سبحانه " وما أرسلناك الا رحمة للعالمين " .

الصحابة والاستحسان

والاستحسان بهذا المعنى عمل به الصحابة فى وقائع عديدة ، فقد حكموا بإرث المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته مع أن الأصل انتهاء الارث بانتهاء العلاقة الزوجية ، لزوال الموجب للميراث ، وهو الزوجية .

كما قضوا بتضمين الصناع مع أنهم مؤتمنون ، والمؤتمن غير ضامن .

وحكموا بتأبيد تحريم المرأة التى تزوجت فى عدتها على من تزوجها ، مع أن الأصل حل المعتدة للأزواج اذا انتهت عدتها ، لا فرق بين زوج وآخر .

وقد أفتوا بمشاركة الأخوة الأشقاء للأخوة لأم فى سهمهم من الميراث فى المسألة المشتركة ، وهى ما اذا توفيت عن زوج وأم وأخوين لأم وأخوة أشقاء ، مع أن الأصل المقرر ، أن العاصب لا يرث الا بعد استيفاء أصحاب الفروض فرائضهم [1] .

فهذه الأحكام والفتاوى صدرت منهم تطبيقاً لمبدأ الاستثناء بناء على ما اقتضته المصلحة ، وهو مما يصدق عليه حد الاستحسان ، والأئمة من ورائهم يعملون بالاستثناء ، ويسمونه استحساناً .

---

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ١٢٢ ، وكنز العمال ج ٢ ص ١٩١ ، والخراج لأبى يوسف ، وتاريخ التشريع للشيخ الخضرى .

عمل به أبو حنيفة ومالك وابن حنبل رضى الله عنهم : والشافعى وان أنكره وبالغ فى رده الا أنه لا يستطيع انكار أصل الاستثناء .

يقول الشاطبى فى موافقاته : [1] قاعدة الاستحسان عمل بها مالك ، وهو الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى ، ومقتضاه الرجوع الى تقديم الاستدلال بالمرسل على القياس ، فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشهيه ، وانما يرجع الى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى القياس فيها أمراً الا أن ذلك الأمر يؤدى الى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك ، وكثيراً ما يتفق هذا فى الأصل الضرورى مع الحاجى ، والحاجى مع التكميلى ، فاذا كان القياس يؤدى الى الحرج أو المشقة فى بعض موارده استثنى موضع الحرج ، قال : وله فى الشرع أمثلة كثيرة .

كالقرض فانه ربا فى الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم الى أجل ، لكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين بحيث لو بقى على أصل المنع لكان فى ذلك ضيق على المكلفين .

ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فانه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيح لما فيه من رفع الحرج ، ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافر ، وقصر الصلاة ، والفطر فى السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخيصات التى على هذا السبيل ، فان حقيقتها ترجع الى اعتبار المآل فى تحصيل المصالح أودرء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضى منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى الى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعى ذلك المآل الى أقصاه .

---

(1) جـ ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

ومثله الاطلاع على العورات فى التداوى ، والقراض والمزارعة والمساقاة وان كان الدليل العام يقتضى المنع فالقاعدة العامة فى العورات تحريم رؤيتها ولكنها استحسنت لدفع الضرر ، كما أن قاعدة المبادلات تمنع المزارعة والمساقاة لجهالة البدل فيهما ، ولكنهما استحسنا للحاجة .

فهذه الأمثلة التى ذكرها تدل على أن الاستحسان استثناء من مقتضى الأدلة والقواعد المأخوذة منها .

ولقد صرح فى الاعتصام [1] بأن الاستحسان استثناء ، فقال بعد ذكر أمثلة الاستحسان : «فان قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا نعم الا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح » .

كما نقل تعريف ابن العربى له فى موضع آخر [2] . بأنه ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته .

وابن الأنبارى [3] يعرفه : بأنه استعمال مصلحة جزئية فى مقابلة قياس كلى ، ويقول : إنه الظاهر من قول مالك .

وابن رشد يقول : الاستحسان الذى يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس. هو أن يكون طرحاً لقياس يؤدى الى غلو فى الحكم ومبالغة فيه ، فعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع .

ومن هنا أجاز المالكية قبول شهادة غير العدول اذا كان القاضى فى بلد يندر فيه الشهود العدول .

كما أجاز الايصاء الى غير العدل دفعاً للمشقة .

---

(1) جـ ٢ ص ٣٢٤

(2) المرجع السابق ص ٣٢٠

(3) ارشاد الفحول ص ٢١٢

وقد أفتى مالك بتضمين الصناع المؤثرين فى الأعيان بصنعتهم ، كما أفتى بتضمين الحمالين للطعام والإدام دون غيرهم [1] .

هذا هو تصوير المالكية للاستحسان ، والحنفية لا يبعدون عنهم كثيراً بل يتفقون معهم فى أنه فى غالب صوره استثناء من مقتضى الأدلة .

فأبو الحسن الكرخى منهم يعرفه : بأنه عدول المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول .

وهو تصوير له بأنه استثناء جزئية من قاعدة كلية بدليل أقوى لدفع المشقة ورفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم والرفق بهم كما تقضى نصوص الشريعة الكثيرة .

والسرخسى يقرر ذلك [2] فى صراحة فيقول : كان شيخنا الامام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس ، وقيل الاستحسان طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل هو الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة ،وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل فى الدين ، قال الله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، وقال صلى الله عليه وسلم « خير دينكم اليسر » ، وقال لعلى ومعاذ رضى الله عنهما حين وجههما الى اليمن : « يسرا ولا تعسراً قربا ولا تنفرا » ، وقال صلى الله عليه وسلم : «ألا ان هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله ، فان المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى » .

ومن يتتبع مواضع الاستحسان فى الفقه الحنفى يجدها الا القليل منها ترجع الى قاعدة الاستثناء من عموم الأدلة والقواعد .

---

(1) تنقيح الفصول للقرافى ص ٢٠٣

(2) المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥ كتاب الاستحسان .

وهذا الاستثناء قد يكون بالنص ، كما فى السلم « نهى عن بيع المعدوم ورخص فى السلم » .

وقد يكون بالأثر كما حدثنا به أبو يوسف فى كتاب الخراج [١] « واذا رأى الامام أو حاكمه رجلا قد سرق أو شرب خمراً أو زنى فلا ينبغى أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك ، حتى تقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان لما بلغنا فى ذلك من الأثر ، فأما القياس فانه يمضى ذلك عليه ، ولكن بلغنا نحو من ذلك عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، فأما اذا سمعه يقر بحق من حقوق الناس فانه يلزمه ذلك من غير أن يشهد به عليه » .

وقد يكون بالإجماع . كما قالوا فى الاستصناع : إنه جائز مع أنه من بيع المعدوم المنهى عنه ، فعله الناس لحاجتهم وأقرهم المجتهدون على ذلك فى سائر العصور .

وقد يكون استثناء بالضرورة . كقولهم [٢] بجواز الشهادة على الشهادة فى كل حق لا يسقط بالشبهة وقبولها اذا مات الأصول ، أو غابوا فى مكان لا يصل اليه الا بعد ثلاثة أيام أو أكثر ، أو مرضوا مرضاً يمنعهم من حضور مجلس القضاء ، مع أن الأصل فى الشهادة المعاينة ، وهؤلاء لم يعاينوا ، فاستثنى ذلك لأجل الضرورة ، لأن أصحاب الحقوق لو كلفوا باحضار الشهود الأصليين بعد موتهم ، أو فى حالة غيبتهم الطويلة أو مرضهم الشديد لكلفوا محالا أو شططاً فتضيع حقوقهم .

ومنه [٣] جواز الشهادة بالسماع فى النسب والموت والنكاح والدخول وان لم يعاين استثناء من أصل اشتراط المعاينة ، لأن الناس لو كلفوا احضار شهود عاينوا الولادة مثلا ، وقد لا يحضرها الا امرأة أو مات المعاينون ، لو كلفوا ذلك لوقعوا فى حرج بين ، فجوزت لهذه الضرورة .

---

(١) ص ١٧٨ الطبعة الثانية « السلفية » .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٣٨

(٣) المرجع السابق ص ٢١٤

وقد يكون الاستحسان لمصلحة لم تبلغ حد الضرورة ، كما روى عن أبي يوسف من أنه قضى بتوريث زوج المرتدة منها اذا ارتدت فى مرض موتها استثناء من القاعدة العامة ، وهى عدم ارثه لانتهاء الزوجية بالردة وعبارته (١) : « فانى أستحسن أن أورث زوجها فى هذه الحالة ، وأفرق بين ردتها فى صحتها وردتها فى مرضها الذى ماتت فيه ، وبه كان أبو حنيفة يقول ، وليس هو بقياس . القياس أن لا ميراث للزوج كانت الردة فى المرض أو فى الصحة » .

وقد يكون الاستحسان للعرف ، من ذلك فتوى الامام محمد بن الحسن بصحة بيع الثمر مع شرط بقائه حتى يتم نضجه مع أنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة فى صفقة ، لأنه اما اعارة أو اجارة فى بيع وهو منهى عنه ، ولكن جريان العرف بذلك سوغه .

وقولهم فيمن استعار دابة فردها الى بيت مالكها فهلكت لم يضمن استحساناً ، لتعارف الناس الرد على هذه الحالة والقياس فى المال المستعار أن يرد الى مالكه فى يده ، كالثياب وغيرها .

وقالوا فيمن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى بلد كذا إنه جائز استحساناً ، وان كان المحمل مجهولا ، ومثل هذا يفسد الاجارة لجهالته ، ولكن تعارف الناس ذلك قضى على النزاع الذى ينشأ عن تلك الجهالة فيصرف الى ما تعارفه الناس .

وبعد فمن أنعم النظر فى هذه الأنواع يجدها كلها ترجع الى الاستثناء للمصلحة ، لأنها تنحل الى تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، وشرعية المصلحة بهذا المعنى الواسع ترجع الى جملة نصوص من القرآن والسنة نصوص التيسير ورفع الحرج واحلال الطيبات وتحريم الخبائث ونفى الضرر والضرار .

---

(١) الخراج ص ١٨٢

فلا مندوحة اذاً من قبول الاستحسان بهذا المعنى ، والعمل به ، لأنه النافذة التى يطل منها المجتهد على مصالح الناس فيتلافى به ما يحتمل أن يؤدى اليه اضطراد بعض الأقيسة أو تطبيق القواعد من تفويت لبعض المصالح .

ومما ينبغى التنبيه عليه هنا أن انكار الامام الشافعى للاستحسان ومبالغته فى رده لا يمكن تسليطه على حقيقة الاستحسان الذى قال به غيره من الأئمة ، لأن فقيهاً لا يستطيع انكار العمل بالاستثناء بالدليل الصحيح ، وانما يتجه هذا الى استحسان نابع من الهوى كما يبدو من كلمة الاستحسان أول الأمر.

وما دامت المسألة ترجع الى الاستثناء فيكون النزاع – فى الحقيقة – فى التطبيق والتوسع .

ويؤيد ذلك أن أتباعه أنفسهم اعترفوا بصحة الاستحسان عند غيرهم لما بانت لهم حقيقته .

وقد اعترفوا فى صراحة بوجود قاعدة الاستثناء ، وان قصروه على ماورد به النص ، وعلى بعض صور المصلحة والعرف .

يقول الغزالى فى المستصفى (١) : « ان التخصيص بالمصلحة لا ينكره أحد بعد ما اختار فى الزنديق المتستر اذا تاب أنه لا تقبل توبته ، ويقتل مع عموم حديث « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فاذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم الا بحقها » .

ويقول عز الدين بن عبد السلام فى قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية (٢) ما نصه : « أعلم أن الله شرع لعباده السعى فى تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ، ثم استثنى منها ما فى ملابسته مشقة شديدة ، أو مفسدة تربو على تلك المصالح ، وكذلك شرع لهم السعى

---

(١) جـ ١ ص ٢٩٩

(٢) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٣٨

فى درء مفاسد الدارين أو فى أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة ثم استثنى منها ما فى اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد ، وكل ذلك رحمة بعباده ، ونظر لهم ورفق بهم ، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس ، وذلك جار فى العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات » .

وفى موضع آخر (١) يقول : « اذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب ابقاؤها الى أوان جذاذها ، والتمكن من سقيها بمائها ، لأن هذين مشروطان بالعرف ، فصارا كما لو شرطاهما بلفظه ، فان قيل : لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط ابقاءها فى ملك البائع مدة فان ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط ههنا ، قلنا : لأن الحاجة ماسة اليه وحاملة عليه ، فكان من المستثنيات عن القواعد تحصيلا لمصالح هذا العقد » .

فأنت ترى أنه اعترف بالاستثناء من القواعد بالنص ، وهذا عام يجرى فى جميع المشروعات . عبادات ومعاملات ، والاستثناء بالعرف ، وهذا لا يكون الا فى المعاملات ، كما هو موضوع المثال الثانى .

ويقول امام الحرمين فى برهانه (٢) : ان تحمل العاقلة الدية خارج عن القاعدة التى هى اختصاص كل متلف أو متعد أو ملتزم بالضمان ، ثم قال : ان مثل هذا لا يعقل معناه ، وهى فى مستثنى الشارع ، والمستثنى لا يقاس عليه .

فهو يعترف بمبدأ الاستثناء ، ولكنه يمنع القياس على ذلك المستثنى ، وهذا يجرنا الى بيان موقف العلماء منه .

هل يتعدى حكم المستثنى الى غير محله

لقد تكلم الأصوليون على اختلاف مذاهبهم فى ذلك ، وشاعت تلك الدعوى بينهم حتى جرت عبارتهم المشهورة « ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس » مجرى الأمثال .

---

(١) المرجع السابق ص ١٠٨

(٢) ص ٢٨٧

بيد أنهم لم يتفقوا على عمومها أو اطلاقها ، فمنهم من أطلقها فى كل مستثنى بل وادعى الاتفاق عليها .

ففى مسلم الثبوت وشرحه (١) « اتفقوا على أن المستثنى لا يقاس عليه لخروجه على قاعدة عامة ، ومثل له بالعرايا عند الشافعية » .

والسرخسى فى أصوله (٢) يفرق بين المستحسن بالنص أو الاجماع وبين المستحسن بالقياس الخفى فيقول :

ان المستحسن بالقياس يتعدى حكمه . بمعنى أنه يقاس عليه غيره ، لأن حكم القياس ظاهراً وباطناً التعدية ، وأما المستحسن بالنص أو الاجماع فلا يتعدى ، لأنه معدول به عن القياس ، وهو لا يحتمل التعدية » .

فهذه المقالات الثلاث اتفقت على أن المستثنى بالنص لا يقاس عليه دون أن يبين أصحابها علة المنع من القياس عليها . غير ما قالوه من أنها مستثناه من القواعد .

وهنا نسائلهم . أكان هذا الاستثناء لعلة مفهومة أم كان لغير علة واضحة ، فان كان الثانى فنحن نقف عنده ، وان كان الأول فما الذى يمنع من تعديته مادامت العلة واضحة ؟

وقد وجدنا الامام الغزالى – مع أنه شافعى المذهب – يذهب فى ذلك مذهباً آخر ، وهو أن المدار على وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد جاء القياس ، وان لم يوجد امتنع . سواء كان المستثنى بنص أو بقياس . فها هو ذا يقول فى المستصفى (٣) :

(١) جـ ٢ ص ٢٤٤

(٢) جـ ٢ ص ٢٠٦

(٣) جـ ٢ ص ٣٢٧ وما بعدها .

والقسم الثانى ما استثنى عن قاعدة سابقة ، ويتطرق الى استثنائه معنى فهذا يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى ، وشارك المستثنى فى علة الاستثناء . مثاله استثناء العرايا ، فانه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا ، ولا هادما لها ، لكن استثنى للحاجة ، فنقيس العنب على الرطب ، لأنا نراه فى معناه ، وكذلك ايجاب صاع من تمر فى لبن المصراة لم يرد هادماً لضمان المثليات بالمثل ، لكن لما اختلط اللبن الحادث بالكائن فى الضرع عند البيع ، ولا سبيل الى التميز ولا الى معرفة القدر ، وكان متعلقاً بمطعوم يقرب الأمر فيه خلص الشارع المتبايعين من ورطة الجهل بالتقدير بصاع من تمر ، فلا جرم نقول :

لو ردّ المصراة بعيب آخر لا بعيب التصرية ، فيضمن اللبن أيضاً بصاع وهو نوع الحاق ، وان كان فى معنى الأصل ، ولولا أنا نشم منه رائحة المعنى لم نتجاسر على الإلحاق .

وأنا مع الغزالى فى رأيه ، لأنه يحقق مقصود الشارع من الاستثناء ، فانه ما استثناه بالنص الا تحقيقاً لمصلحة برفع حرج محقق ، وهو ينادى فى صريح كتابه " وما جعل عليكم فى الدين من حرج " ومن ذا الذى يدعى أن النصوص رفعت كل جزئيات الحرج ، أو يزعم أن الشارع وقف فى رفعه عندما جاءت به النصوص ؟!

وابن رشد فى بداية المجتهد [1] يصرح بأن المسألة مشهورة فى الأصول ، وينسب الى أبى حنيفة القول بصحة القياس فيقول — بعد أن حكى عن الشافعى منع الحوالة فى الطعام للنهى عن بيعه قبل قبضه وعن مالك أنه أجازها فى الطعام اذا كان الطعامان من قرض — : « وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام ، وشبهها بالدراهم ، وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم .

---

(١) ج ٢ ص ٢٥٨

والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول . هل يقاس عليه أم لا ، والمسألة مشهورة فى أصول الفقه » .

ونحن نوافق ابن رشد على أن المسألة مشهورة فى الأصول ، ونخالفه فى بناء رأى أبى حنيفة عليها ، لأن البناء يصح أن لو كان أبو حنيفة يجعل الحوالة من باب البيع والمعاوضة ، وهو لا يذهب الى ذلك ، بل هى عنده عقد مستقل شرع للاستيفاء بدليل أنه لا يشترط لصحتها وجود دين فى ذمة المحال عليه عكس ماذهب اليه الأئمة الثلاثة من اشتراط وجود دينين فيها .

هذا هو الاستحسان وأثره فى واقعية الفقه الاسلامى ، فهو استثناء مفتوح ليحقق المنافع للناس ، ويرفع المضار ويدفع الحرج عنهم ، فأين نظير هذا فى القوانين الوضعية ؟

ولا يتوهمن أحد أنه استثناء بالهوى والتشهى حسبما يتبادر من كلمة الاستحسان ، بل انه استثناء بدليل قوى معتبر فى نظر الشارع ، بل بدليل أقوى من الدليل المعارض له الذى ترك من أجله ، وتسميته بالاستحسان جاءت للتمييز فقط بين الدليلين .

يقول السرخسى فى أصوله (١) : ان الاستحسان فى لسان الفقهاء نوعان . الأول : العمل بالاجتهاد بغالب الرأى فى تقدير ما جعله الشرع موكولا الى آرائنا ، نحو المتعة المذكورة فى قوله تعالى " متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين " ، أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة ، وشرط أن يكون بالمعروف ، فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأى ، وكذلك قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " ، ولايظن بأحد من الفقهاء أن يخالف هذا النوع من الاستحسان .

والنوع الثانى : هو الدليل الذى يكون معارضاً للقياس الظاهر الذى تسبق الى الأوهام قوته قبل إنعام التأمل فيه ، وبعد إنعام التأمل فى حكم الحادثة

---

(١) ج ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها .

وأشباهها من الأصول يظهر أن الدليل الذى عارضه فوقه فى القوة وأن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحساناً للتميز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذى تسبق اليه الأوهام قبل التأمل . على معنى أن يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله » .

واذا كان الاستحسان يؤول الى أنه العمل بأقوى الدليلين ، كما يفهم من العبارة السابقة ، وكما صرح به الباجى [1] من المالكية حيث يقول : « ان الاستحسان الذى ذهب اليه مالك هو القول بأقوى الدليلين كتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر » .

وكما عرفه ابن العربى فى أحكام القرآن : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين .

اذا كان كذلك فانه لا يستساغ انكاره من أحد ، وقد اعترف الحنابلة بالاستحسان بهذا المعنى ونسبوه لامامهم .

يقول صفى الدين البغدادى [2] : « الاستحسان . وهو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص ، وقال القاضى : الاستحسان مذهب أحمد رحمه الله ، وهو أن يترك حكماً الى حكم هو أولى منه ، وهذا لا ينكره أحد .

وقال ابن قدامة المقدسى : [3] « الاستحسان له ثلاثة معان : أحدها أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة قال القاضى يعقوب : القول بالاستحسان مذهب أحمد ، وهو أن يترك حكماً الى حكم هو أولى منه ، وهذا مما لا ينكر ، وان اختلف فى تسميته فلا فائدة فى الاختلاف فى الاصطلاحات مع الاتفاق فى المعنى .

---

(١) ارشاد الفحول ص ٢١١

(٢) فى كتابه « قواعد الأصول ومعاقد الفصول » . مختصر « تحقيق الأمل فى علمى الأصول والجدل » ص ١١٩

(٣) فى روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل ص ٨٥

المصالح المرسلة

واذا ما جاوزنا الاستحسان الذى يعمل به فى محيط الاستثناء من القواعد والنصوص لتحقيق أنواع من المصالح ، وانتقلنا إلى محيط الاستصلاح أو المصالح المرسلة ، وجدنا رحبة واسعة ، وواقعية بارزة ، ففيها نجد المجتهد المنفذ الذى ينفذ منه إذا عدم النص ، ولم يكن ثمة إجماع سابق ، وتعذر عليه القياس .

والمصالح وان اختلف العلماء فى العمل ببعض أنواعها ، فهم متفقون على أنها أصل من أصول الشريعة ، ذلك لأن المقصود بتشريع الأحكام ، وبخاصة أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس . سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية تكميلية ، وأن كل حكم من أحكام الشريعة يرجع الى تحقيق واحد من هذه الأمور أو الى أمر مكمل له ، كما يقول الشاطبى فى موافقاته .

واذا كانت النصوص لم تستوف أحكام الحوادث كلها فثمة مصالح كثيرة توجد وتتجدد فى كل يوم لم تحكمها النصوص بأشخاصها ، وتلك تتطلب بيان أحكامها التفصيلية ، والفقهاء على اختلاف مشاربهم متفقون على وجوب اعطائها أحكامها ، ولكنهم اختلفوا فى الطريقة التى يسلكونها للوصول الى ذلك الغرض .

فمنهم من يبحث عن شبه من المنصوص عليه ليلحقه به بطريق القياس ، حتى ولو كان الشبه بعيداً ، يفعل ذلك احتياطاً خشية أن تذل قدمه ، فيحرم أو يحلل بالهوى من غير ضابط .

والاحتياط فى حد ذاته محمود ، لكنه يؤخذ عليه هنا أنه قد يكون الشبه مانعاً أى محرما ، فيحرم هذه المصلحة بناء على ذلك الشبه ، والتحريم بمجرد الشبه مصادم للنصوص الدالة على أن الأصل فى الأشياء الاباحة ، والنصوص النافية للحرج ، فاذا أضفنا الى ذلك أن صاحب هذه الطريقة يسير مع القياس ، ولا يخرج عنه الى الاستحسان تزايد حرج هذا الرأى وبعده عن روح التشريع .

وفريق آخر يسلك طريق القياس من غير أن يلتزمه فى كل شىء ، بل يسير معه ما دام بعيداً عن الحرج والمشقة ، فاذا ما التوى عليه خرج عنه الى الاستحسان ، فان لم يجد قياساً حكّم المصلحة ، فيزن الوقائع الجديدة بميزانها ، وعلى هدى نتائجها يفتى ويحكم .

ورأى هؤلاء هو الذى يتفق (أولا) مع النصوص النافية للحرج ، والنصوص الدالة على أن الأصل الاباحة .

(وثانياً) مع مسلك الصحابة ، فانهم ما كانوا يتمسكون اذا لم يجدوا نصاً فى الواقعة المعروضة بالاستناد الى أصل معين يردونها اليه ، وما أكثر الفتاوى والأحكام التى عملوا فيها بمطلق المصلحة .

يقول القرافى : « ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار . نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير ، وولاية العهد من أبى بكر لعمر ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير ، وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة من عمر ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين ، واتخاذ السجن ، وغير ذلك عما عمله الصحابة لمطلق المصلحة » .

وفى هذا يقول امام الحرمين فى برهانه عند حكاية المذاهب فى المصلحة واعتبارها رداً على من ادعى أنه لابد من استناد المصلحة الى أصل معين : « ان من تتبع أحوال الصحابة الذين هم القدوة فى كل شىء بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير لواحد منهم فى مجالس الاستشوار تمهيد أصل واستثارة معنى ، ثم بناء الواقعة عليه ، ولكنهم يخوضون فى وجوه الرأى من غير التفات الى الأصول كانت أو لم تكن » .

ومن تتبع فقه الصحابة والتابعين ، وهم الذين سبقوا أئمة المذاهب فى الزمن يجدهم عملوا بالمصلحة من غير أن يضبطوها بضابط غير كونها موافقة لمقاصد الشارع من تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج .

فجمع المصحف لم يكن الا لحفظ كتاب الله من ضياع جزء منه بموت القراء يقول عمر لأبى بكر : « ان القتل استحر بقراء القرآن يوم اليمامة ، وانى أخشى أن يستمر القتل بالقراء فى المواطن كلها فيذهب قرآن كثير » .

وجمع عثمان الناس على مصحف واحد والزامهم بالقراءة على رسمه ، واحراق ما عداه يتجه نحو رفع الخلاف فى القراءة بتعدد المصاحف التى توصل لا محالة الى اختلاف كبير ، وفى هذا يقول حذيفة بن اليمان لعثمان « أدرك هذه الأمة قبل أن يختلفوا فى الكتاب كما اختلفت اليهود والنصارى » (١) .

وأبو بكر يعهد لعمر بالخلافة من غير أن يتقدم لها نظير من فعل رسول الله (٢) ، ولكنه خشى عاقبة الترك للشورى مع ما وقع بالأمس القريب من اختلافهم حين اختياره ، وكيف يتركهم للتشاور والمنازعة وجيوش المسلمين تقاتل أعداء الله فى غير جبهة ، فهل كان شرع الله الذى يأمر بالاتحاد وجمع الكلمة يوجب غير ذلك فى هذا الوقت العصيب ؟!

على أن أبا بكر لم يستخلف عمر برأيه وحده ، بل شاور فى استخلافه قبل أن يفعل ، فزكاه كبار الصحابة مثل عبد الرحمن بن عوف ، وعثمان وأسيد بن حضير الأنصارى ، وسعيد بن زيد وغيرهم من المهاجرين والأنصار .

ولقد جاء فى كتاب العهد الذى أملاه على عثمان بن عفان (٣) « انى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فان بر وعدل فذلك علمى به ورأيى فيه ، وان جار وبدل فلا علم لى بالغيب ، والخير أردت ، ولكل امرىء ما اكتسب ، " وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون " (٤) .

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ٢٨٧

(٢) قد يكون قصد رسول الله من عدم التعيين هو بيان أن الحكم للأمة وتثبيت مبدأ الشورى المقرر فى القرآن ، وقد قال لهم : « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتى »

(٣) تاريخ الاسلام للدكتور حسن ابراهيم حسن جـ ١

(٤) الشعراء — ٢٢٧

ويجيء من بعده عمر فيفعل غير ذلك ، وهو فى أيامه الأخيرة ، فلم يترك الأمر كما تركه الرسول ، ولم يعهد لواحد كما فعل أبو بكر ، بل يحصر العهد فى ستة من كبار أصحاب رسول الله لتضيق دائرة الخلاف ، ولا تتشعب فى وقت أطلت فيه رؤوس الفتنة .

فعل ذلك بعد ما تردد فيه عندما طلبت منه عائشة أم المؤمنين ألا يترك أمر المسلمين من غير عهد ، فيجيب طلبها بعد أناة وتدبر .

يروى لنا ابن قتيبة (1) أن المهاجرين دخلوا على عمر رضى الله عنه وهو فى البيت من جراحه تلك ، فقالوا : ياأمير المؤمنين استخلف علينا ، قال : والله لا أحملكم حيا وميتاً ، ثم قال : ان استخلفت فقد استخلف من هو خير منى . يعنى أبا بكر ، وان أدع فقد ودع من هو خير منى . يعنى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : جزاك الله خيراً يا أمير المؤمنين ، فقال : ما شاء الله راغباً ، وددت أن أنجو منها لا لى ولا على ، فلما أحس بالموت قال لابنه : اذهب الى عائشة وأقرئها منى السلام ، واستأذنها أن أقبر فى بيتها مع رسول الله ، ومع أبى بكر ، فأتاها عبد الله بن عمر فأعلمها ، فقالت : « نعم وكرامة » ، ثم قالت : « يابنى أبلغ سلامى وقل له لا تدع أمة محمد بلا راع ، استخلف عليهم ولا تدعهم هملا ، فانى أخشى عليهم الفتنة » . فأتى عبد الله فأعلمه ، فقال : ومن تأمرنى أن استخلف . وبعد تردد بين الأسماء قال : سأستخلف النفر الذين توفى رسول الله وهو عن راض .. الخ القصة .

ولقد منع كبار الصحابة من مغادرة المدينة الا باذنه ولأجل محدد ، كما منعهم من الخروج الى الأقاليم ، وامتلاك الأراضى الواسعة بها ، منعهم من ذلك مع أن تعاليم الدين لا تمنع أحداً من الخروج من بلد الى آخر ، ولا من أن يمتلك ضيعة أو غيرها ما دام يؤدى حقها .

---

(1) الأمامة والسياسة ج ١ ص ٣٨ ، ٣٩

فعل ذلك لحاجته اليهم للمشاورة فيما يأتيه من أمور المسلمين ، وهى مصلحة عامة تفوق منعهم وسلب شىء من حريتهم .

وأما منعهم من امتلاك الأراضى فقد كان لمصلحة تتعلق بأمن الدولة ووحدتها ، خشى ان هم خرجوا وامتلكوا الأراضى الواسعة تجمع الناس حولهم اعجاباً بهم ، فتوجد تجمعات قد تؤدى الى تفرق كلمة المسلمين ، وتقطيع أوصال دولتهم (١) .

واتخذ الحبس بعد أن لم يكن ، ونظم الجيش وجعل له أرزاقاً فى بيت المال ، وربط أرزاق الولاة والقضاة ، وضرب الدراهم ، ولا تنس تأريخه بالهجرة .

وقد فصل القضاء عن الولاية العامة .

ونهى عن نكاح المسلم للكتابية ، فكتب الى حذيفة لما تزوج يهودية « أن خل سبيلها فانى أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين » (٢) .

وفى الرياض النضرة . عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : اشتريت ابلا وارتجعتها الى الحمى ، فلما سمنت قدمت بها ، فدخل عمر السوق ، فرأى ابلا سماناً فقال : لمن هذه ؟ ، فقيل لعبد الله بن عمر ، فجعل يقول : ياعبد الله بخ بخ ابن أمير المؤمنين ، فجئته أسعى ، فقلت مالك ياأمير المؤمنين ، فقال : ما هذه الابل ؟ ، قلت ابل أنضاء (٣) اشتريتها ، وبعثت بها الى الحمى ابتغى ما يبتغى المسلمون ، فقال : ارعوا ابل ابن أمير المؤمنين ، اسقوا ابل ابن أمير المؤمنين ، ياعبد الله بن عمر اغد على رأس مالك ، واجعل باقية فى بيت مال المسلمين .

---

(١) تاريخ الاسلام المرجع السابق جـ ١ ص ٣٤٥ وما بعدها .

(٢) الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥

(٣) أنضاء . هزيلة . جمع نضو وهو البعير المهزول والناقة نضوة . القاموس ، وأساس البلاغة ، ومختار الصحاح .

كما شاطر بعض الولاة أموالهم لما ظهر عليهم الثراء مما شرحه يطول .

ولقد زاد عثمان الأذان الثالث على الزوراء لما كثر الناس ، ولم يكن فى زمن رسول الله ، زاده ليحقق الغرض المقصود من الأذان ، وهو اعلام الناس بدخول وقت الصلاة لما كثروا ، ولو لم يفعل لما علم البعيد عن المسجد فتفوته الصلاة .

كما امتنع عن قصر الصلاة فى السفر ، فلما قيل له : أليس قد قصرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : بلى ولكنى امام فينظر الى الأعراب وأهل البادية أصلى ركعتين فيقولون : هكذا فرضت [1] .

وجاء فى كنز العمال [2] . أنه أتمها أربعا بمنى فقط من أجل أن أعرابياً ناداه فى مسجد الخيف بمنى : يا أمير المؤمنين مازلت أصليها ركعتين منذ رأيتك عام الأول صليتها ركعتين ، فخشى عثمان أن يظن جهال الناس الصلاة ركعتين ، فأتمها مع أن القصر مشروع فى السفر مطلقاً فى حالتى الخوف والأمن .

ولو أردنا تعداد ما أثر عنهم من افتاء لمجرد المصلحة التى لم يطلبوا لها شاهداً لطال بنا الكلام ، وفى هذا القدر كفاية .

ردهم بعض الوقائع إلى أصل معين

نعم انهم كانوا فى بعض الوقائع يردون المسألة الى أصل معين ، ولكن من غير أن يلتزموا ذلك فى كل مسألة ، وهو ما ندعيه .

من هذا النوع ما رواه البيهقى [3] وأبو داود [4] عن أبى وبرة الكلبى قال : أرسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه ، فأتيته ومعه عثمان

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ٢٨٨
(٢) ج ٤ ص ٢٣٩ ، ص ٢٤٠
(٣) السنن الكبرى ج ٤ ص ٣٢٠
(٤) السنن ج ٤ ص ٢٣١

وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم ، وهم معه متكئون فى المسجد ، فقلت : ان خالد بن الوليد أرسلنى اليك ، وهو يقرأ عليك السلام ، ويقول : ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فيه ، فقال عمر : هم هؤلاء عندك فاسألهم ، فقال على : نراه اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون ، فقال له عمر : بلغ صاحبك ما قالوا .

ومنه ما روى أن عامل عمر على صنعاء كتب اليه فى شأن المرأة التى قتلت زوجها هى وخليلها أيقتلهما ، فتوقف عمر حتى قال له على بن أبى طالب : يا أمير المؤمنين أرأيت لو أن جماعة اشتركوا فى سرقة جذور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم ؟ ، قال نعم ، قال فكذلك هذا ، فاقتنع عمر ، وكتب الى عامله : أن اقتلهما فوالله لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم جميعاً .

موقف من مواقف عمر التشريعية الواقعية

وقبل أن ننتقل الى بيان مسلك من جاء بعدهم نذكر موقفاً رائعاً من مواقف عمر الفقهية فى تشريعاته ، فانه يدل على مقدار فهم هؤلاء لشريعة الله ، وأنها جاءت لتلائم بين مقصد الشارع وواقع الناس ، وأن الغرض منها اصلاح المجتمع .

فى هذا الموقف يشرع تشريعاً ، ثم يشاهد بنفسه حرج الناس عند تطبيقه ، وتحايلهم على الفرار منه ، فيعدله ليلائم بينه وبين الواقع ، وما فيه خير المجتمع وسعادته حتى يبعث فى الناس حب القانون ، ويشعرهم بأنه لم يصدر الا لصالحهم .

ذلك أنه سن قانوناً فرض فيه عطاء (١) من الغنائم لكل طفل من أطفال المسلمين ، وجعله بعد الفطام ، (٢) فلما وجد الناس تحايلوا عليه بفطام

(١) أحكام القرآن لابن العربى . جـ ٢ ص ٢٧١

(٢) لعله كان يرى أن الطفل الرضيع يتغذى بلبن أمه فلا حاجة له الى نفقات خاصة .

أطفالهم قبل الأوان ليفرض لهم فى العطاء ، وأنه شديد على الأسر الفقيرة بادر الى تعديله ، وفرض للأطفال جميعاً لا فرق بين رضيع وفطيم .

يروى لنا نافع عن عبد الله بن عمر [1] أن ركبا من التجار كانوا فى اتجاههم الى المدينة ، فدخل عليهم المساء قبل أن يصلوها ، فحطوا رحالهم ، وعلم بذلك عمر ، فقال لعبد الرحمن بن عوف : هل لك أن تسهر عليهم لنحرسهم ونرعاهم ، فباتا يحرسان الناس ، ويصليان ما كتب الله لهما فسمع عمر فى جوف الليل بكاء صبى ، فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله وأحسنى الى طفلك ، ثم عاد الى مكانه فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه ، فقال لها مقالته وعاد الى مكانه ، فلما كان آخر الليل سمع بكاء الصبى ، فقال لأمه : ويحك انى لأراك أم سوء ، مالى أرى ابنك لا يقر منذ الليلة ، قالت — وهى لا تعرف من تحدث — ياعبد الله، قد أبرمتنى طول الليل إنى أعالجه على الفطام فيأبى على الا رضاعاً ، قال ولم ؟ ، قالت : لأن عمر لا يفرض الا للفطيم ، قال : وكم لابنك من العمر ، قالت كذا وكذا شهراً ، قال لها ويحك لا تعجليه ، فلما انتهى من صلاته قال : يابؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر منادياً فنادى : لا تعجلوا صبيانكم على الفطام فانا نفرض لكل مولود فى الاسلام ، وكتب بذلك الى الآفاق .

نضع هذه القصة أمام المرجفين الذين يرمون تشريع الاسلام بأنه غير واقعى ، ونهمس بها فى أذن الجامدين ممن ينتسبون اليه ، الذين يرجعون كل شيء الى الدين ، ولا يخرجون عما نقل عن الأئمة السابقين ، حتى ولو كان من المسائل الاجتهادية التى تختلف باختلاف المصلحة ، وتتغير بتغير الظروف ، فاذا ألجأتهم حاجة أو ضرورة لم يستجيبوا لندائها بالطريق الواضح الذى بينته النصوص ، طريق الاستثناء على قدر الضرورة والحاجة بل سلكوا بها طريقاً ملتوية ، لا يقرها شرع ولا دين ، طريق التحايل

---

(1) جاءت القصة مختصرة فى أحكام القرآن لابن العربى فى الموضع السابق ، وفى تاريخ عمر ، وكتاب المجتمع الاسلامى للدكتور أحمد شلبى ص ٧٣

على شريعة الله ، فيتحايلون على اسقاط الواجبات ، وتحليل المحرمات ، محافظين على صورة الشريعة ورسمها ، متناسين روحها ، معرضين عن مقاصدها وغاياتها .

ومما يلاحظ أنهم رضوان الله عليهم كانوا يختلفون فى نظرتهم الى المصالح ، وهذا يدلنا على أنه لا الزام لما أفتوا أو قضوا به بناء على مصلحة اجتهادية غير منصوص عليها . نقل ذلك عنهم فى قضايا عديدة . منها .

أن أبا بكر حينما قسم المال بين الناس سوى بينهم ، ولم يفضل أحداً على أحد فى العطاء ، فقيل له : ياخليفة رسول الله إنك قسمت هذا المال فسويت بين الناس ، فمن الناس لهم فضل وسوابق وقدم ، فلو فضلت أهل السوابق والفضل بفضلهم ، فقال : أما ما ذكرتم من السوابق والقدم والفضل فما أعرفنى بذلك ، وانما ذلك شيء ثوابه على الله ، وهذا معاش فالأسوة فيه خير من الأثرة .

ويجيء من بعده عمر ، ويقول : « ان أبا بكر رأى فى هذا المال رأياً ولى فيه رأي آخر ، لا أجعل من قاتل رسول الله كمن قاتل معه » (١) واختلافهم فيما يصنع بضالة الابل حين التقاطها مشهور ، وكذلك اختلافهم فى توريث امرأة الفار الذى طلقها فى مرض موته .

وجاء فى الآثار أن عثمان رضى الله عنه أدعى عليه ، فبذل المال وقبل الصلح وقال : ان حلفت ربما يصيبنى آفة فيقول الناس : انه حلف كاذباً ، فعل ذلك بينما حلف عمر حينما ادعى عليه ولم يدفع المال صلحاً خشية أن يقال انه كان كاذباً فى انكاره ودفع المال فراراً من اليمين (٢) .

---

(١) راجع الخراج لأبى يوسف ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) راجع المبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ٧٤ ، وكتاب محاسن الاسلام ص ٨٧ لأبى عبد الله محمد ابن عبد الرحمن البخارى من فقهاء الحنفية فى القرن السادس المتوفى سنة ٥٤٦ هـ .

موقف التابعين وتابعيهم من المصلحة

واذا ما طوينا الزمن وانتقلنا الى العصر الذى يلى عصر الصحابة وجدنا الخلف لهؤلاء طائفة عرفت فى تاريخ الاسلام باسم التابعين وتابعيهم ، ولم يكن الفقه فى عهدهم انتقل الى دور النظرية ، بل كان كسابق عهده واقعياً .

وفى هذا العصر ظهرت طائفتان من الفقهاء . أهل الحجاز ، وأهل العراق ، تميزت كل طائفة عن الأخرى بمميزات . أبرزها استعمال الرأى فى التشريع قلة وكثرة .

فأهل العراق وعلى رأسهم ابراهيم النخعى وشيوخه من قبله ذهبوا الى أن الشريعة جاءت لحكم ومقاصد ، وبنيت على أسباب وعلل ، وأنها معقولة المعانى ، وليس شىء منها قصد به التعبد الا ما كان منظما لعلاقة الانسان بربه ، فقعدوا القواعد ، وضبطوا عللها ، ثم فرعوا عليها ، ونشأ عن ذلك أن ردوا بعض الأحاديث التى جاءت مخالفة لها .

وأهل الحجاز وعلى رأسهم سعيد بن المسيب وبقية الفقهاء السبعة ، وهؤلاء وقفوا عند النصوص لكفايتها فى نظرهم ، وليس معنى ذلك أن الشريعة عندهم قاصرة ، بل معناه أنهم لم يجدوا حاجة الى البحث عن العلل والمصالح فاكتفوا بما نقل لهم عن الصحابة من أحاديث وفتاوى .

والذى يعنينا هنا هو بيان موقفهم من المصالح ومدى اعتبارهم لها فى اجتهادهم .

أما الفريق الأول فمسلكه العام فى الاجتهاد والاستنباط كاف فى الحكم عليهم ، لأن طريقتهم تتلخص فى اعتبار العلل والمصالح فى الأحكام ، فهم يعملون بالمصالح مادامت فى حدود الشريعة .

وأما الفريق الثانى فيكفى أنهم عملوا بما نقل لهم عن الصحابة من فقه واقعى متطور ، وقد رأيت طريقتهم قريباً وكونهم وقفوا عند ما نقل لهم

لا يخرجهم عن دائرة المعتبرين للمصالح حيث لم يوجد عندهم ما يدعو الى ذلك .

على أن التاريخ نقل لنا مثلا عديدة من افتائهم بالمصلحة وتغيير الحكم تبعاً لتغيرها .

ألا ترى ما يقوله واقد بن عبد الله بن عمر — رداً على أبيه فى قوله « ائذنوا للنساء بالليل الى المساجد » — «اذن يتخذنه دغلا ؟ والله لا نأذن لهن»(١) فهو يقول ذلك لما تغير الزمن ، مع اعترافه بأن رسول الله أذن لهن فيما رواه أبو داود فى سننه : « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات » .

ويروى لنا ابن القيم (٢) عن الزهرى أنه قال : لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح فى شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ، ولا الأخ لأخيه ، ولا الزوج لامرأته ، ثم دخل الناس بعد ذلك ، فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم ، فتركت شهادة من يتهم اذا كانت من قرابة ، وصار ذلك من الوالد والولد والأخ والزوج والمرأة لم يتهم الا هؤلاء فى آخر الزمان .

وأبو الوليد الباجى يروى فى شرحه للموطأ (٣) عن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب ، وربيعه بن عبد الرحمن ، ويحيي بن سعيد الأنصارى أنهم أفتوا بجواز التسعير مع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعله . وقال لما طلبوه منه : « بل الله يرفع ويخفض وانى لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليس لأحد عندى مظلمة » .

وبالجملة فموقف هؤلاء من المصلحة لا يختلف كثيراً عن موقف الصحابة منها .

---

(١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٣٣
(٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ١٣٥
(٣) ج ٥ ص ١٨

موقف الأئمة أصحاب المذاهب وأتباعهم

واذا ما انتقلنا الى عصر الأئمة أصحاب المذاهب لم نجد اختلافاً يذكر ، فقد عملوا بالاستحسان ، وفيه استثناء من النصوص والقواعد لما تدعو اليه المصلحة .

على أنهم أفتوا بالمصالح فى مسائل كثيرة من غير أن يطلبوا لها شاهداً بالاعتبار .

فالامام مالك — الذى عاش وتفقه فى المدينة حتى صار امامها ، وهى موطن أهل الحديث ، أو مدرسة الحديث كما يقول المؤرخون للفقه الاسلامى — عمل بالمصلحة وتوسع فى الأخذ بها حتى ظنه كثير من العلماء أنه صاحبها .

والامام أحمد بن حنبل رجل الحديث وامام المحدثين فى عصره لما تفقه وصار من المجتهدين عمل بالاستصلاح ، وتوسع فيه حتى كاد يقارب امام دار الهجرة فى ذلك .

والامام أبو حنيفة عمل بالمصلحة ولكن بعنوان آخر ، فقد عمل بالعرف فى أوسع نطاق ، وهو كما عرفنا لا يعتبر الا تبعاً لمصلحة راجحة ، كما عمل بالاستحسان .

ومن أنواعه الاستثناء بالمصلحة. فلا يقال عنه أنه معارض للعمل بالمصالح.

وما نقل عن الامام الشافعى من اشتراطه أن يكون للمصلحة التى يعمل بها شاهد مما وردت به النصوص لم يكن الا احتياطاً منه لئلا يقتحم هذا الباب من لم يتأهل له ، أو يتخذ ذريعة الى الحكم بالهوى تحت ستار المصلحة .

وكذلك يقال فيما نقل عن بعض أتباع الأئمة من هذا النوع .

جاء فى تفسير المنار [1] « وانما فر أكثر علماء الأمة من تقرير هذا الأصل تقريراً صريحاً مع اعتبار كلهم له كما يقول القرافى ، خوفاً من اتخاذ أئمة الجور إياه حجة لاتباع أهوائهم ، وارضاء استبدادهم فى أموال الناس ودمائهم ، فرأوا أن يتقوا ذلك بارجاع جميع الأحكام الى النصوص ، ولو بضرب من الأقيسة الخفية ، فجعلوا مسألة المصالح المرسلة من أدق مسالك العلة فى القياس ، ولم ينيطوها باجتهاد الأمراء والحكام، وهذا الخوف فى محله ولكن لم يق الأمة من أهواء الحكام كما ينبغى . إذ كان يوجد فى عهد كل ظالم من علماء السوء من يمهد له الطريق ولو لبعض ما يريد من اتباع الهوى » .

وهذا الاحتياط والتحرز هو الذى جعل الامام الغزالى [2] — فيما أفهم — يغير رأيه فى العمل بالمصلحة ، فبعد أن كان يرى أن المصلحة المرسلة تعتبر اذا كانت فى مرتبة الضرورة أو الحاجة كما قرره فى شفاء الغليل رجع عن ذلك وقال : انها لا تقبل الا اذا كانت ضرورية كلية كما جاء فى المستصفى .

هذا هو موقف الاسلام من لدن الصحابة الى عصر الأئمة أصحاب المذاهب من العمل بالمصلحة . عملوا بها من غير انكار يستحق الالتفات اليه ، وعلماء الأصول الذين قعدوا القواعد . منهم من صرح باعتبارها ، ومنهم من احتاط فى تقريرها للسبب السابق ، وقد عرفت أنه لم يحقق الغرض المقصود ، كما قال القرافى فى عبارته السابقة ، بل تغالى بعضهم وأنكر العمل بها بجميع مراتبها فيما كتبه فى الأصول [3]. مع أنه كثيراً ما يعلل جواز الشيء بأن الحاجة تدعو اليه فيما كتبه فى الفروع .

---

(١) جـ ٧ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٣

(٣) كابن قدامة المقدسى الحنبلى فى كتابه «روضة الناظر وجنة المناظر» ص ٨٦ وما بعدها فانه قسم المصالح المرسلة الى ثلاثة أنواع . ما يقع فى مرتبة الحاجة ، وما يقع موقع التحسين والتزيين قال : وهذان الضربان لا نعلم خلافاً فى أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل، والثالث ما يقع=

إمكان العمل بالمصلحه الآن وفتح باب الاجتهاد

واذا كان الفقهاء فى عصور الاجتهاد عملوا بالمصلحة من غير نكير ، فلم لا نفتح باب العمل بها – مع فتح باب الاجتهاد من جديد – كما عمل بها سلف الأمة ودلت عليه الأصول الصحيحة ، ونحتاط من ناحية أخرى ، كأن نكل أمر تقدير المصلحة الى جماعة مختارة تعرض عليها مشاكل الناس وحاجاتهم ، وهم يقررون لكل أمر ما يناسبه ، ولا ندعها لتقدير الأفراد الذين لا يؤمن خطؤهم ، ثم لا يكون العمل الا بما تقرره هذه الجماعة ، وهذا لا يكون الا اذا تألفت الجماعة على هيئة مؤتمر دائم ، أو مجتمع فقهى تحت رعاية الدولة التى تريد أن تعمل بشريعة الله .

اننا ان فعلنا ذلك أمنا جانب الهوى .

فاذا لم يتيسر تأليف هذه الجماعة تحت رعاية الدولة كان حقاً على العلماء الذين تأهلوا للافتاء أن يفعلوا ذلك – وهذا واجبهم – فاذا ما أفتوا بمصلحة حددوا معها من يجوز له العمل بها من الحكام وغيرهم ، فتبرأ ذممهم مما قد يقع من انحراف المنحرفين .

وقد كان هذا شأن العلماء المخلصين فى كل فتاويهم بالمصلحة فى مواطن الخطر ، وهى الأمور العامة .

يقول الشاطبى فى الاعتصام (1) : اذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند الى مالا يكفيهم ، فللامام اذا كان عدلا أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم فى الحال الى أن يظهر مال بيت المال ، ثم اليه النظر فى توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك ، كيلا يؤدى تخصيص الناس به الى ايحاش القلوب ، وذلك يقع قليلا من كثير ، بحيث لا يجحف

ـــفى رتبة الضروريات ، فذهب مالك وبعض الشافعية الى أن هذه المصلحة حجة ، وبعد أن بين حجتهم قال : والصحيح أن ذلك ليس بحجة .

فانظر هذا مع ما نقل عن الامام مالك وغيره فى هذا الباب ! !

(1) جـ ٢ ص ٢٩٥

بأحد ويحصل المقصود ... قال : وانما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال فى زمانهم ، بخلاف زماننا ، فان القضية فيه أحرى ، ووجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الامام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار الى أن قال : وهذه المسألة نص عليها الغزالى فى مواضع من كتبه ، وتلاه فى تصحيحها ابن العربى فى أحكام القرآن ، وشرط جواز ذلك كله عدالة الامام ، وايقاع التصرف فى أخذ المال واعطائه على الوجه المشروع .

وبعد فتلك مصادر الفقه الاسلامى ، وكلها ناطقة بواقعيته المعتدلة ، مبعدة له عن المثالية الخيالية ، التى صورها الخيال والوهم فى أذهان المقلدين لكل ما يجيء من الغرب ، وتثبت فى وضوح أنه فقه مثالى كامل يحتذى حذوه ، وتجعل منه مثلا أعلى للتشريع المحقق لمصالح الناس .

فنصوص فى كتاب الله بينت أحكام بعض الجزئيات التى لا تتغير ولا تتبدل بياناً واضحاً لا خفاء فيه ، وهذه تطبق أحكامها على وقائعها من غير أن يكون لأحد دخل فى تغييرها أو تأويلها ، وأخرى جاءت على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق مهما تغير الزمن ، أو تبدلت البيئات . طبقها الفقهاء والأئمة على مر العصور ، وتنوع البيئات ، وكلما جاء مع التطبيق عنت أو حرج تفادوه بعملية الاستثناء والاستحسان المقرر أصله فى القرآن .

وأحاديث لرسول الله جاءت شارحة ومبينة لما أجمل فى كتاب الله مكتفية فى بيانها بما ظهرت حاجة الناس اليه حينذاك ، مع أنها تنوعت حسب تنوع شخصيات الرسول .

فمنها ما صدر عنه تبليغاً وتشريعاً عاماً باعتبار أنه رسول مبلغ ، وهذا يتبع فيه ما يتبع فى نصوص القرآن ، ومنها ما صدر عنه سياسة باعتبار أنه امام يسوس الجماعة الى ما يحقق صالحها ، ويدفع عنها ضرها وعنتها ، وهذا النوع يدور مع الغرض الذى من أجله صدر عنه ، وهو مفوض الى رأى الامام .

فاذا لاحظنا مع ذلك نصوص التيسير ورفع الحرج ، والنصوص الدالة على أن الأصل فى الأشياء الاباحة ، وأن التحريم والمنع خلاف الأصل . ظهر لنا أن تطبيق نصوص التشريع لايتنافى مع الواقعية فى شىء ، بل يتبين أنها هى التى رسمت طريقها الصحيح .

فاذا ما جاوزنا دائرة النصوص وجدنا الاجماع الذى ينبعث من واقع مصالح الناس الجماعية ، ومن ورائه قياس يعمل على تحقيق المصالح المتشابهة مع ما وردت به النصوص ، وقواعد كلية تطبق كذلك ، فاذا ما حال قياس دون مصلحة ، أو كان تطبيق القاعدة يودى الى الحرج ظهر الاستحسان فيعدل به المجتهد الى طريق آخر يحقق المصلحة ،ويرفع المضرة والحرج .

فاذا لم يكن نص ولا قياس ولا استحسان كان الاستصلاح ووزن للمصالح بميزان الشريعة ، فيأخذ بأقربها شبهاً وأعمها نفعاً ، وأثبتها تحقيقاً .

كل ذلك مع ما للعرف من سلطان يوصلنا الى أن الفقه الاسلامى فقه واقعى تعمل أصوله مرتبة على السير بالناس مع مقتضيات الحياة الصحيحة ولا يقف حجر عثرة فى سبيل ركب الحياة ، وليس فيه جمود ولا رجعية مهما طال عليه الزمن ، وتقدمت به السن ، ولن يشيخ هذا الفقه ما بقيت الدنيا وبقى الناس .

سائلوا التاريخ عنه . هل وقف عن مسايرة الزمن ، أو اضطرب وسط المدنيات المختلفة حينما فتح المسلمون البلاد الكثيرة فى القرنين الأول والثانى من الهجرة ، وامتدت راية الاسلام من الصين فى الشرق الى بلاد الأندلس فى الغرب ، وكان البحر الأبيض بحيرة اسلامية ؟

سائلوا التاريخ . ماذا فعل هذا الفقه الذى ولد فى أرض بدوية بعيدة عن المدنية فى شبه الجزيرة العربية ، وقام عليه أول الأمر عرب ولدوا فى البادية ، وتربوا فيها بعيداً عن زخرف المدنيات ؟

سيجيبكم بأنه فقه عالمى ، ساس شبه الجزيرة العربية مع ما فيها من نزعات متباينة ، وقبائل متفرقة ، دانت له حضارات فارس والروم وغيرهما، وتقبل الكثير مما التقى به من عادات ، وأقر بعض أحكام الأكاسرة والأباطرة ، ومن قبل ذلك أقر شيئاً غير قليل مما تعارفه العرب وحكموا به بعد أن هذبه وأزال فساده .

سيقول لكم : انه لم يقف يوماً من الأيام أمام الحوادث ، ولم يضق عن حكم لمعضلة أيا كان نوعها مدنية كانت أو جنائية أو عائلية ، بل كان وما يزال قابلا للقيام بأعباء التقاضى على جميع أنواعه ، وبين نصوصه ما يفصل فى كل نزاع مهما كان نوعه .

انه فقه متطور لاجمود فيه ولا رجعية متى حسن تطبيقه ، تطور بسرعة مذهلة أيام الاجتهاد الأولى ، ثم ضعفت فيه هذه الحركة بعد انتشار التقليد ولكنها لم تمت، ضعفت لأسباب خارجة عن ذاته وطبيعته ، ولم تمت لأن الفقهاء المقلدين أباحوا من العقود والتصرفات أنواعاً لم تكن موجودة فى الصدر الأول، تصرفات اقتضتها مصالح الناس ، مصالح عامة تكررت حتى صارت عرفا عاماً ، وأخرى خاصة بالأفراد أو الجماعات لم ترق الى مصاف الأعراف .

فعقد الاستصناع . وهو الاتفاق على صنع شيء موصوف مع أن فيه بيعاً لمعدوم .

وعقد التحكير . وهو أن يدفع شخص مبلغاً من المال بمثابة أجرة معجلة لأرض موقوفة خالية ويستولى عليها فى نظير ذلك ، ويكون له حق التصرف فيها كتصرف المالكين من بناء وغراس وغير ذلك مع ترتيب أجر قليل عليها ، وقد أجاز الفقهاء هذا العقد تيسيراً على الناس ، ودفعاً لما يلحقهم من الحرج المترتب على عدم جواز بيع الوقف ، وحق القرار يصح بيعه ويورث عنه ولقد جوز فقهاء الحنفية بيع الاستجرار ، وهو أن يأخذ الشخص حاجاته اليومية من البدال أو القصاب أو غيرهما من غير اتفاق على الثمن عند الأخذ ثم يحاسبه كل مدة ، كالأسبوع أو الشهر مثلاً [1] .

---

[1] رد المحتار ج ٤ ص ١٣ . الطبعة الثالثة الأميرية .

أجازوه وان اختلفوا فى تخريجه ، فنهم من جعله من بيع المعدوم واستثناه منه ، ومنهم من جعله من باب قرض الأعيان ويكون ضمانها بالثمن استحساناً ، ومنهم من يجعله من ضمان المتلفات باذن مالكها تسهيلا على الناس .

وهذا الاختلاف فى التخريج يعطينا صورة عن مقدار تحرز هؤلاء الفقهاء ، واحتياطهم ، وعدم اقدامهم على اباحة شىء الا اذا كان له نظير مما اجتهد فيه السابقون .

وبيع الاستجرار ليس قرضاً ، ولا ضماناً للمتلفات باذن مالكها ، وانما هو بيع لفظاً ومعنى ، والمتعاقدان لم يقصدا به غير البيع ، فاذا كان الثمن معلوماً حين الأخذ ودفع الثمن جملة قبل الأخذ كان بيعاً بالتعاطى كما يقول ابن عابدين ، وان كان الثمن مؤخراً الى آخر المدة كان بيعاً أجل فيه الثمن الى وقت معين ، وهو الوقت المقرر للاستجرار ، وغالب صور بيع الاستجرار فى زماننا تقع على هذا الوجه ، لأن أثمان الأشياء التى يقع فيها الاستجرار معلومة للمتبايعين ، وقد يدفع المشترى مبلغاً فى أول المدة ليأخذ به ما يحتاجه على دفعات ، وهذا قليل ، والكثير أن يأخذ ولا يدفع الثمن الا فى آخر المدة .

فاذا لم يكن الثمن معلوماً وقت الاستجرار بأن كانت أثمان السلع متغيرة من حين لآخر ، وقد لا يرضى البائع بالبيع بسعر اليوم كان هذا بيعاً بما ينقطع عليه السعر ، وهو بيع بما يكون عليه سعر السوق فى وقت مستقبل وقد جوزه فقهاء الحنابلة(١). فيكون بيع الاستجرار على أى صورة وقع جائزاً عند الفقهاء .

وقد جوز الفقهاء أشياء كثيرة كانت ممنوعة من قبل لما اضطر الناس ، اليها أو دعتهم الحاجة الى فعلها ، كأخذ الأجر على تعليم القرآن والأذان وسائر الطاعات .

وما لنا نذهب بعيداً نتلمس الدليل على واقعية هذا الفقه وملاءمته لهذا العصر ، ووفائه بحاجاته والدليل بين أيدينا من صنع رجال القانون أنفسهم — الذين طعنوا هذا الفقه غير مرة بأنه غير صالح — فقد تيقظوا أخيراً الى ما فيه من حلول لمشاكل الحياة ، وما قام عليه من أسس ومبادىء

---

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٠٢

سامية لا غنى للتشريع الحديث عن الأخذ بها ، فنادى المصنفون منهم بالرجوع فى التشريع للشرق الى ذلك الفقه ، وعدم الاسترسال مع التقنين الغربى الذى لا يلائم بيئاتنا الشرقية ، وكان من نتيجة ذلك أن أخذ القانون المدنى الجديد الكثير من أحكامه ، بل وجعل الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً من مصادره .

وهى خطوة محمودة تسلم ــ ان شاء الله ــ الى غيرها من الخطوات .

ولا يقلل من أهمية تأثيرها فى ذلك التقنين ، ولا يضعف مركزها كمصدر يرجع اليه القاضى عند الفصل فى الخصومات أن جعلت فى المرتبة التالية للعرف بعد التشريع المكتوب ، لأننا اذا لاحظنا أن العرف المتقدم عليها هو العرف الصحيح الذى يقره رجال القانون ، وهو ما يقره فقهاء الاسلام تقريباً ، بل ان العرف الذى يقره الاسلام أوسع مدى مما يقره القانون ــ كما سبق بيانه ــ وأن معظم الأعراف الصحيحة الموجودة ترجع فى أصلها الى عادات اسلامية تداولها الناس فى ظل شريعته حينما كانت مطبقة فى مصر قبل مجىء الاستعمار القانونى ، وأضفنا اليه ما أخذ به القانون من أحكامها .

اذا لاحظنا ذلك كله تبين لنا أن حظ الشريعة الاسلامية فى ساحة القضاء حظ ليس بالقليل رغم غزارة الانتاج للتشريع وسرعته فى العصر الحديث ــ على حد تعبير الدكتور كيره (١) .

لأن المشرع الذى رجع الى الشريعة وأخذ الكثير من أحكامها فى أول مرة سيرجع اليها فى كل مرة بعد ما ظهر له غزارة مادتها ، وصلاحيتها لأن تحكم سلوك الناس ، وأن كل ما تستحدثه القوانين من مبادىء ونظريات يجده مقرراً فيها من أول أمرها .

---

(١) أصول القانون ص ٣٦٦

هذا وأن الفقه الاسلامى بمذاهبه العديدة على وضعها الحالى ثروة عظيمة كافية لأن تكون مادة لتقنين شامل كامل ، لأن مالا نجده فى مذهب نعثر عليه فى آخر ، وما نراه مضيقاً محرجاً فى أحدها نجد نظيره موسعاً فى غيره فهو - كما يقول الدكتور السنهورى فى احدى مقالاته - صالح لأن يؤخذ منه قانون كامل بوضعه الراهن من غير تطوير ولا تحوير.

ولقد قرر مؤتمر القانون المقارن فى أسبوع الفقه الاسلامى (١) ما يقرب من ذلك .

وأقرب مثال للدلالة على استجابة هذا الفقه بمذاهبه العديدة لما تتطلبه الحياة من تشريع ما حدث فى شأن الوصية للوارث .

فقد كان المعمول به قبل صدور قانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م مذهب الحنفية وهو يمنع الوصية للوارث ، ويجعلها موقوفة على اجازة بقية الورثة مما جعل الناس يتحايلون عليها بطرق أخرى ، ففعلوها على هيئة بيع صورى اضطرب أمامه القضاء ، فحكموا عليها مرة بالابطال ، نظراً الى حقيقتها والقانون لا يبيحها ، وأخرى بالتصحيح نظراً الى صورتها وهيئتها ، وأنها بيع صدر فى حالة الحياة .

ومن أجل ذلك الوضع الشاذ المضطرب نادى رجال القانون بالبحث فى أحكام الشريعة عن مخرج لهذا المأزق ، فطالب الدكتور السنهورى (٢) فى مقال له عن وجوب تنقيح القانون المدنى عام ١٩٣٦م بالبحث فى الشريعة عن حكم يجيز الوصية للوارث ، لأن الناس ازاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلا ، وهو فى حقيقة الأمر وصية .

---

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد . السنة السادسة .

وأن المحاكم فى كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التى تحف بها قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع ، لجئوا الى البيع لما ضاقت بهم أحكام الوصية ، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم الى ايثار بعض الورثة بشىء من أموالهم ، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهى تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح اذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصى مكتفية بالشكل دون الموضوع وطوراً تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة ، وهذا مما يدعو الى التفكير عند تقنين أحكام الوصية فى بحث أحكام الشريعة فى هذا الموضوع فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية للوارث ، ولو فى حدود ضيقة .

وقد استجاب المشرع لهذا الرجاء بما وجده فى الفقه الاسلامى من آراء تبيح تلك الوصية ، فصدر قانونها مبيحاً الوصية للوارث وغير الوارث على السواء فى مادته السابعة والثلاثين مستنداً لرأى فقهاء الشيعة الزيدية .

ولا يضير القانون فى شىء أن نقده بعض شراحه ، بأنه ترك المذهب المشهور ، وأخذ برأى مغمور يؤدى العمل به الى اثارة الحفيظة والبغضاء بين الورثة . لا يضيره ذلك ، لأن وزن الآراء وتقديرها الصحيح لا يكون من ناحية الشهرة وعدمها .

ولقد نقدته فى كتابى « الوقف والوصية بين الفقه والقانون » من جهة أنه لم يأخذ بمذهب الزيدية بتمامه ، ولو فعل لما كان سبباً فى اثارة البغضاء بين الورثة ، لأنهم يشترطون لصحة هذه الوصية التسوية بين الورثة فيها ، وبخاصة اذا كانوا من طبقة واحدة كالأبناء أو الأخوة والأخوات ، بعد أن بينت أنه مذهب قوى يستند الى حجة قوية من كتاب الله .

وأنقده هنا من ناحية اطلاقه الاباحة ، ولو قيدها بما اذا وجدت حاجة تبررها من عجز أو ضعف أو ما شاكلها لما جاء مخالفاً لرأى جمهور الفقهاء ، بل كان يتفق مع أصوله التى تبيح الاستثناء عند الحاجة استحساناً ،

ويكون الأصل عدم الصحة لحديث « ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا لوصية لوارث » ويستثنى منه موضع الحاجة وهى تقدر بقدرها ، كما بينا ذلك من قبل عند الكلام الاستحسان ، بل لأصبح مستنداً الى أصل مقرر فى القرآن والسنة ، "إلا ما اضطررتم اليه"، وقد قدمنا أن رسول الله استثنى أشياء لم تصل الى حد الضرورة .

ولعل المشرع يلاحظ ذلك عند تعديل هذا القانون ، فيقيد اباحتها بما اذا وجدت حاجة واضحة تدعو اليها .

هذا مثل نسوقه للدلالة على أن فى الفقه الاسلامى — بوضعه الحالى — استجابة لما تتطلبه الحياة من اصلاح ينشده لها العقلاء المنصفون .

ومن قبل ذلك استجاب لصرخات الاصلاح العديدة ، فخرجت منه مجموعة قوانين فى أطراف من مسائل الأحوال الشخصية غير متقيدة بمذهب خاص ، كمسائل الوصية والمواريث ، وبعض مسائل الوقف والطلاق والنفقة والعدة .

قوانين دلت فى مجموعها على أنه يمكن أخذ قانون كامل من ذلك الفقه تكون الشريعة الاسلامية هى مصدره الوحيد .

ونحن فى انتظار صدور التشريع الشامل للأحوال الشخصية بين يوم وآخر ، ونرجو أن يكون ذلك مقدمة للخطوة الثانية ، وهى شمول التشريع الاسلامى لسائر فروع القانون الأخرى .

فهذا الفقه ثروة تشريعية ضخمة صالحة لأن تسوس العالم من جديد أو على الأقل تسوس الشرق مهد الرسالات السماوية ، ففيه نزلت أصوله ، وفيه نما وازدهر .

هذه حقيقة اعترف بها كثير من علماء الغرب القانونيين وغير القانونيين أفراداً وجماعات .

وقد قدمنا بعض مقالاتهم (١) ، ونزيدك منها ههنا .

يقول العلامة سانتيلانا (٢) : « ان فى الفقه الاسلامى ما يكفى المسلمين فى تشريعهم المدنى ان لم نقل ان فيه ما يكفى الانسانية كلها » .

وجاء فى كتيب الأستاذ هاك عن « مساهمة الاسلام فى السلام العالمى »(٣) : ان الأمم تبذل الكثير من الجهود وتعقد المؤتمرات لمنع التسليح ومنع الحرب أو التقليل من فرص اعلانها ، ولكن جهودها باءت جميعاً بالفشل ، ذلك لأن الدول اذ تتعهد لا تقيد نفسها بالمعاهدة الا حين تنعدم عندها الوسيلة لنقضها ، حتى اذا ما توفرت عندها القوة الكافية لذلك أعلنت أن المعاهدة التى أبرمتها وارتبطت ببنودها حبر على ورق ، ويقدم لنا التاريخ الكثير من الأمثلة على ذلك .

ولو طبقت أحكام الاسلام فيما يتعلق بالحروب والجهاد تطبيقاً كاملا لوجد العالم فيها جنته التى يبحث عنها بدلا من الجحيم الذى هو مسوق اليه ، ليطع كل منا دعوة الله تعالى التى يقول فيها "كلوا واشربوا من رزق الله ولا تعثوا فى الأرض مفسدين ".

وقد وضع مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية من المجتمع الدولى للحقوق المقارنة فى سنة ١٩٥٢م — بعد أسبوع الفقه الاسلامى الذى بحث فيه بعض الموضوعات العامة وناقشها — تقرير اجماعياً اعترف فيه المجمعون .

(أولا) بأن مبادىء الفقه الاسلامى لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها .

(وثانياً) بأن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات .

---

(١) عند الكلام على أثر الدين والأخلاق فى الفقه الاسلامى .

(٢) نقلا عن كتاب روح التشريع الاسلامى ص ٢٥٥

(٣) نقلا عن محاضرة للدكتور عبد الفتاح حسن النائب بمجلس الدولة بعنوان « ميثاق الأمم والشعوب فى الاسلام » التى ألقاها بقاعة المحاضرات بالأزهر .

ومن الأصول الحقوقية هى مناط الاعجاب ، وبها يتمكن الفقه الاسلامى من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجياتها [1] .

ومن قبل ذلك انعقد مؤتمر المحامين الدولى فى مدينة لاهاى سنة ١٩٤٨ ومؤتمر القانون المقارن بها أيضاً عام ١٩٣٧ . واعترف المؤتمرون بما يقرب من هذا [2] .

واذا كان الفقه الاسلامى فى هذه المرتبة فى نظر الأجانب ، فما باله نُحى عن مكانته فى بلاد تدين بالاسلام ؟ انها السياسة والاستعمار الأجنبى مع تقصير المنتسبين اليه يوم طلب منهم عمل قانون من المذاهب الفقهية المختلفة ليسهل تطبيقه أمام القوانين الحديثة .

وفى رأيى أن هذا الفقه لو بقى معمولا به فى البلاد الاسلامية كما كان فى عصوره الأولى لنما وزاد مع الزمن ، ولسرت الحياة فى فروعه المختلفة ، ولما وقف عند المكتوب فى الكتب بوضعها الراهن ، لأنه كالبذر الصالح لا ينمو ولا يثمر الا اذا وجدت التربة الصالحة مع الجو الملائم ، والأيدى التى تقوم على خدمته . والتاريخ أصدق شاهد على ذلك .

ففى العصر الذى كان حكامه يعنون بهذا الفقه ، ويكرمون رجاله ، ويطلبون منهم البحث عن أحكامه الملائمة للزمن الذى يعيشون فيه ترى نشاطاً ظاهراً فى محيط الفقه والفقهاء ، وتسابقاً على البحث والاجتهاد ، وعلى العكس من ذلك يكون العصر الذى يعزف حكامه عنه الى غيره من قوانين الغرب خمول وركود ، وان وجد نشاط ففى دائرة الدرس محدود .

---

(١) راجع مقدمة المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٨ .

* طريقة الانتفاع بهذا الفقه

واذا كان القانون لا يكتب له البقاء الا من مسايرته المستمرة للأحداث التى تخرج الى عالم الوجود ، ولا يستطيع أن يؤدى دوره الا اذا وجدت هيئة مستعدة دائما لتحقق تطابقة مع تلك الأحداث ، وتنقله من عالم التجريد الى عالم الواقع [1] كما يقول سالى وديموج من الفقهاء الغربيين .

فالفقه الاسلامى — كقانون — لايستطيع أن يؤدى دوره كاملا الا اذا وجدت تلك الهيئة المنظمة لتطبيقه لتعمل على الملائمة بينه وبين واقع الناس ، وهذا لا يكون الا بفتح باب الاجتهاد من جديد ، لأن الاجتهاد هو شريان الحياة فى جسد الفقه ، وبقدر قوة هذه الحياة تكون منزلة ذلك الفقه ونحن اذ نطالب بفتح باب الاجتهاد لا نعنى أن بابه قد أغلق فيما مضى وأن الأمر حقيقة واقعة ، لأن كل ما حدث فيما مضى لا يعدو — فى نظرى — أن يكون مجرد دعوى صدرت من جماعة من الفقهاء فى فترة معينة من تاريخ الاسلام ، صدرت ومعها ما ينقضها وينادى ببطلانها ، فهؤلاء لم يقولوها استناداً إلى نص أو اجماع سابق ، بل قالوها اجتهاداً منهم ليصلوا من ورائها إلى غرض معين ، هو منع المدعين الذين لم يتأهلوا له من دخوله ، والوقوف فى محرابه .

بدليل أنه لم يخل عصر من العصور — بعد صدور تلك الدعوى — من وجود مجتهد أو أكثر ، بيد أن منهم من كان يعلن عن اجتهاده ، ويتحمل فى سبيله من أنصار التقليد كل ألوان السخرية والاستهزاء . ومنهم من كان يجتهد ويدون آراءه بدون أن يشعر بها غيره .

وقع ذلك مصداقاً لقول رسول الله : « لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق حتى يأتى أمر الله » ، وفى رواية «حتى يأتيهم أمر الله وهم ظاهرون»[2].

---

(١) رسالة نظرية الاستغلال للدكتور توفيق فرج ص ٢

(٢) تفسير المنار جـ ٧ ص ١٤٣

اننا لا نطالب بهذا النوع من الاجتهاد ، وهو الاجتهاد الفردى ، لأنه لا يحل المشكلة ، بل قد يزيدها تعقيداً ، وبخاصة وقد كثر دعاته ، بل قد وجد من ينقل آراء السابقين وينسبها لنفسه ، ولاجتهاده المزعوم بكلمة ما أسهلها كتابة ونطقاً « وأنا أرى كذا وكذا » ؟؟

وانما نقصد اجتهاداً يخرجنا من جمود الفقهاء المتأخرين ، وفى الوقت نفسه يسير بنا قدماً الى الأمام حتى يسترد ذلك الفقه مكانته فى عالم التشريع والتطبيق .

اجتهاد جماعى بصورة مستطاعة ميسورة متى خلصت النيات وصدقت العزائم ، وذلك بتأليف هيئة فقهية يطلق عليها اسم « المجمع الفقهى » أو « المجلس الأعلى للفقه والتشريع » يختار أعضاؤه من أصحاب الملكات الفقهية الناضجة ، لا نقتصر فى تكوينه على فقهاء جمهوريتنا ، بل نجعل الباب مفتوحاً أمام الراغبين من البلاد الاسلامية الأخرى .

ومن يدرى ، لعل هذا يكون مقدمة للوحدة التى نجاهد من أجلها وأن الله يجمع المسلمين بشريعته كما جمعهم بها من قبل .

وهذا المجلس تعرض عليه المشكلات الفقهية التى وجدت فى هذه الأيام ليخرج لها أحكاماً تتلاءم مع مبادىء الشريعة السامية . ويعيد النظر فيما قرره الفقهاء السابقون من أحكام اجتهادية تأثرت بأعراف الناس فى أزمنتهم .

وأخيراً يصوغ من هذا الفقه قانوناً عاماً مأخوذاً من جميع المذاهب اذا وجد فيها ما يفى بذلك مما يتلاءم مع حاجات الناس ، ومصالحهم ، فان لم يوجد فبالاجتهاد .

وليس معنى هذا أن تلغى جميع القوانين الموجودة الآن ، بل تعرض تلك القوانين على مبادىء الشريعة وقواعدها ، فما وافقها أو وجد فيه مصلحة لا تنافيها أبقى كما هو ، أو عدل حتى يتفق معها .

يعاونهم فى ذلك طائفة من رجال القانون .

وهذا هو المبدأ الذى قرره رسول الله من قرون طويلة مضت .

جاء فى إعلام الموقعين لابن القيم [1] . روى مالك بن أنس بسنده الى على بن أبى طالب قال : « قلت يارسول الله . الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال : « اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

وهو ما فعله عمر بن الخطاب فى خلافته ، فقد جمع حوله كبار الصحابة وفقهاءهم ، ومنعهم من الخروج من المدينة الا باذنه ، والى أجل محدد ليعرض عليهم ما يأتيه من مشكلات جديدة .

وهذا العمل اذا لم يوله ولاة الأمور فى الدولة عنايتهم وتشجيعهم قلت فائدته ، أو ضاعت ثمرته . والتاريخ البعيد والقريب تشهد صفحاته بأن فقها لم يزدهر الا فى رحاب الدولة وتشجيعها ، وفى ظلال عناية الخلفاء والأمراء ، ولا يتم ازدهاره الا اذا خضع لأحكامه الراعى قبل الرعية .

تتمة البحث

فى دفع شبهات أثيرت حول تطبيقه فى وقتنا الحاضر

قد يقال : ان مشكلات زمنية كثيرة تعترض طريق الفقه الاسلامى فتحول بيننا وبين تطبيقه . منها نظام الفوائد الذى عم المعاملات كلها ، حتى لا تكاد تخلو منه معاملة من المعاملات التجارية ، والأنظمة الاقتصادية الحديثة ، التى دخلت حياة الناس ، فأضحت من حاجاتهم الملحة ، بل من الضرورات لدى بعض الأفراد - كشركات التأمين ، وشركات المساهمة - مما تتعارض أحكامها مع أحكام ذلك الفقه . الأمر الذى يجعل تطبيقه متعذراً ، أو يوقع الناس فى حرج بين .

---

[1] جـ ١ ص ٧٤

ونحن نجيب عن ذلك بأن هذه الأنظمة وغيرها لا تحول دون تطبيق أحكام هذا الفقه ، لما عرفت أنه فقه مرن بأصوله وقواعده ، فهو لا يهدر الجديد لأنه جديد ، بل لما فيه من الفساد البين ، وقد كان هذا موقفه دائماً مع ما التقى به من عادات ومعاملات فيما فتحه المسلمون من بلدان عديدة فى صدر الاسلام .

فقد أقر الصالح منها ، وأبطل الفاسد المخالف لقواعده ، ولم يقم العثرات فى سبيل مصالح الناس ، بل عمل على تحقيقها بشتى الوسائل ، فكان ولا يزال يجلب المنافع لهم ، ويدفع المضار ويرفع الحرج عنهم ولو أدى ذلك الى التغيير فى بعض أحكامه .

وقد قدمنا أن كثيراً من الفقهاء أفتوا بجواز أشياء كانت ممنوعة لما دعت اليها الضرورة أو الحاجة الملحة ، وخصصوا النصوص بأعراف الناس الصحيحة كما سبق بيانه .

ولم يكن مسلكهم فى ذلك ابتداعاً ولا مخالفة ، ولكنه اتباع وموافقة اتباع لكتاب الله ، وموافقة لسنة رسول الله ، فكتاب الله ينفى الحرج عن شريعته فى صراحة ، ويؤكد فى غير آية أنه أراد بهم اليسر لا العسر فلم يكلفهم الا وسعهم ، ووضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم .

ومن آيات رحمته أنه حرم عليهم أشياء معدودة ، ثم استثنى منها مواضع الضرورة .

والرسول عليه السلام الذى وكل اليه البيان حينما بين مبدأ الاستثناء وطبقه لم يقف باستثناءاته عندما سماه العلماء فيما بعد بالضرورات ، بل توسع فيها حتى شمل ما هو فى مرتبة الحاجات أيضاً ، وانك لتلمح من تطبيقه فيما أثر عنه من ذلك أنه كان يعمل بروح التشريع دون التقيد بالألفاظ وما يتبادر منها.

ومن هنا جاء تشريع الرخص التى لا ينكرها أحد ممن يدين بالاسلام وعلى ضوئها قرر الفقهاء قاعدتهم المشهورة « كلما ضاق الأمر اتسع » وما فى معناها من قولهم « الضرورات تبيح المحظورات » « والمشقة تجلب التيسير »

هذا وان رسول الله الذى أكد تحريم الربا يرشدنا فى بعض أحاديثه الى طريق آخر مشروع نتوصل به الى تحقيق أغراضنا بعيداً عن الربا والمرابين ، وذلك فيما رواه البخارى [١] عن أبى سعيد وأبى هريرة أن رسول الله استعمل رجلا على خيبر ، فجاءهم بتمر جَنيب ، فقال له : أكل تمر خيبر هكذا ، قال : انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة ، فقال : لا تفعل ، بع الجَمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً وقال فى الميزان مثل ذلك .

ورواه مالك فى الموطأ [٢] عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال : قال رسول الله : التمر بالتمر مثلا بمثل ، فقيل له : ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين ، فقال رسول الله : ادعوه لى ، فدعى له فقال له رسول الله : أتأخذ الصاع بالصاعين ، فقال يارسول الله لا يبيعوننى الجنيب بالجمع صاعاً بصاع ، فقال له رسول الله : بع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً » [٣] .

فأنت ترى أن العامل اشترى الجيد بالردىء متفاضلا ، لأنه لم يجد من يعطيه الجيد بالردىء متماثلا ، فنهاه الرسول عن ذلك ، وبين له الطريق السليم الذى يصل به الى غرضه من غير أن يرتكب محظوراً منهياً عنه .

ومن هذا تعلم أن الشارع كلما أغلق أمام الناس باباً من أبواب الحرام فتح لهم باباً آخر من أبواب الحلال .

وعلى تلك الأسس يستطيع الفقه الاسلامى أن يتحكم فى هذه المعاملات من غير أن يوقع الناس فى الحرج .

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٦ ، وفى نصب الراية للزيلعى ج ٤ ص ٤٣ : أخرج البخارى ومسلم عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أخا بنى عدى الأنصارى واستعمله على خيبر الخ ثم قال : أخرجه البخارى فى أربعة مواضع من صحيحة . فى البيوع ، وفى الوكالة ، وفى المغازى وفى الاعتصام .

(٢) شرح الباجى ج ٤ ص ٢٣٨

(٣) الجنيب هو التمر الجيد غير المختلط بالردىء بعد ما أخرج منه حشفه ورديئه ، والجمع هو التمر المختلط بغيره ، والميزان هو الموزون. أى وقال فى الموزون مثل ما قال فى المكيل .

فالقرآن حرم الربا تحريماً مؤكداً ، وأعلن الحرب على المرابين ، وتوعدهم بعقاب أليم فى الآخرة ، ولكنه جاء به مجملا غير مفصل ، والرسول فصله وبينه فى أصناف ستة ، حرم فيها الربا بنوعيه « الفضل والنسيئة » ، « مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد »[1].

وقطع الطريق على المحتالين بقوله فى بعض الروايات : « جيدها ورديئها سواء » وقال : « فمن زاد أو استزاد فقد أربى » .

فيكون الربا بنوعيه ـــ الفضل والنسيئة[2] ـــ محرماً فى هذه الأصناف الستة بهذا النص ، واتفق الفقهاء على أن النوعين محرمان فى الصنف الواحد ، وعند اختلاف الصنف يحرم النساء فقط ، كما يصرح الحديث فى آخره « فاذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » ، فمن استحل من ذلك شيئاً من غير ضرورة فقد ارتكب جرماً عظيما ينكره الاسلام أشد الانكار .

---

(١) فى الحديث المشهور الذى أخرجه البخارى عن أبى الأشعث عن عبادة قال رسول الله « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد ، فاذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد» نصب الراية جـ ٤ ص ٤٣

(٢) والنوعان ليسا فى درجة واحدة فى التحريم ، فربا النسيئة حرم لذاته قصداً ، وهو الذى عناه القرآن بقوله " لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة " ، وأعلن الحرب على آكليه ، لأنه الشائع عندهم حين نزول القرآن ، وربا الفضل حرم لكونه وسيلة الى الأول حيث يوصل اليه فى غالب صوره ، فتحريمه من باب الذرائع. يدل لذلك ما رواه أبو سعيد الخدرى عن رسول الله أنه قال « لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فانى أخاف عليكم الرماء » والرماء هو الربا ، ومن هنا فرق ابن القيم بينهما فى التسمية ، فسمى الأول الربا الجلى ، والثانى الخفى ، ثم رتب على ذلك الاختلاف فى بعض الأحكام ، فقال : إن ما حرم لذاته لا يباح شرعاً الا لضرورة ان كان مما يضطر اليه ، وما حرم لسد الذريعة يباح للحاجة والمصلحة ، وبنى على هذا جواز بيع الحلية من الذهب والفضة بنقود منهما تزيد على وزنها فى مقابلة ما فيها من الصنعة ، واستشهد على جواز ربا الفضل للمصلحة الراجحة باباحة النبى بيع العرايا ، وذكر له نظائر اباحة نظر الخاطب والطبيب والشاهد الى المرأة الأجنبية الخ. راجع تفسير المنار جـ ٧ ص ١٨٠ وما بعدها .

وبقى الربا فى غير هذه الأصناف من غير بيان صريح موكولا الى اجتهاد المجتهدين ، فكان الاشتباه والاشكال . الأمر الذى جعل عمر ابن الخطاب يقول : « ثلاث وددت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد الينا فيهن عهداً ننتهى اليه الجد ، والكلالة ، وأبواب من أبواب الربا » يعنى بذلك بعض المسائل التى فيها شائبة الربا [1] .

وروى أنه خطب الناس فى خلافته فقال : أيها الناس انى لعلى أنهاكم عن أشياء تصلح لكم ، وآمركم بأشياء لا تصلح لكم ، وان من آخر القرآن نزولا آية الربا ، وأنه قد مات رسول الله ولم يبينه لنا ، فدعوا ما يريبكم الى ما لايريبكم » .

وفى رواية : ان من آخر ما نزل آية الربا ، وأن رسول الله قبض قبل أن يفسرها فدعوا الربا والريبة [2] .

واذا وصل اشكال الربا الى هذا الحد فلا غرابة أن يختلف الفقهاء فى جريانه فيما عدا تلك الأصناف التى عدها الحديث .

فقصره قوم عليها ، ولم تكن علة القصر قاصرة على عدم القول بالقياس كما يقول أهل الظاهر ، بل منعه بعض القائلين بالقياس بحجة أن علل القياسيين فيها ضعيفة .

يقول ابن القيم [3] : تحريم الربا فى الأشياء الستة متفق عليه ، ثم قصره بعضهم عليها ، وأقدم من يروى هذا عنه قتاده ، وهو مذهب أهل الظاهر ، واختيار ابن عقيل من الحنابلة فى آخر مصنفاته مع قوله بالقياس معللا ذلك بأن علل القياسيين فى مسألة الربا ضعيفة ، واذا لم تظهر علة امتنع القياس .

---

(1) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٢٧

(2) المرجع السابق ص ٣٢٨

(3) تفسير المنار الموضع السابق ص ١٨١

وعداه آخرون الى غير هذه الأنواع بطريق القياس من غير أن يتفقوا على علة التعدية ، [1] فحكم كل امام علته التى استنبطها فى التحريم ، فحرم بها أشياء قد يوافقه عليها غيره ، وقد يخالفه كما هو مفصل فى موضعه من كتب الفروع .

فالربا فيما عدا الأنواع الستة غير متفق على تحريمه بين أئمة الاجتهاد ، ولكن المتأخرين من الفقهاء أطلقوا لأقيستهم العنان ، فحرموا بها تصرفات كثيرة تحت عنوان الربا وشبهة الربا مستندين فى ذلك الى ما يروى أن رسول الله حرم الربا والريبة ، وفسروا الريبة بشبهة الربا .

وهكذا فتحوا أبواب التحريم ظناً منهم أن دين الله يقضى بذلك ، فأوقعوا عباد الله فى الحرج ، ومنعوهم من تحصيل المصالح باسم الربا ، وشبهة الربا ، حرموا بمجرد الشبه ولو كان بعيداً .

وقد يرجحون الشبه المحرم عند تعارض الأشباه ، وكل ذلك لا يتفق مع أسلوب التشريع الذى جعل التحريم والمنع على خلاف الأصل ، فعدد المحرمات ، وأطلق فى الاباحة ، وجعلها الأصل فى الأشياء فى غير آية [2] ، " خلق لكم ما فى الأرض جميعاً " [3] ، " وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه " [4] .

---

(1) فالمالكية جعلوا علة تحريم النساء فى الذهب والفضة كونهما رؤوساً للأثمان وقيما للمتلفات وفى الأصناف الأربعة هى الطعم والادخار ، وقيل الادخار فقط ، والشافعية . وافقوهم فى الذهب والفضة ، وجعلوها فى غيرهما الطعم يعنى كون الشىء مطعوماً مقتاتاً ، والحنفية جعلوا العلة فى الكل اتحاد القدر من الكيل والوزن ، وأما علة تحريم التفاضل فهى اتحاد الصنف مع ما سبق .

(2) ولا تنافى بين هذا التغاير فى أسلوبى التحريم والتحليل فى تلك الآيات وما شابهها وبين الاطلاق فيهما فى وصف الرسول فى قوله تعالى "ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث" لأن هذا إخبار عن صفات الرسول التى جاءت بها التوراة ، ومنها أنه يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، وقد بينت الآيات الأخرى أنه فى مقام التحريم يعدد المحرمات أو يجعلها مستثناة وفى مقام التحليل يطلق من غير تعداد الا ما يظن أنه محرم عليهم " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم " .

(3) البقرة — ٢٩

(4) الجاثية — ١٣

فهو فى مقام التحريم يعدد أو يستثنى ، وفى مقام التحليل يطلق . "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم..." الى أن قال "وأحل لكم ما وراء ذلكم" " قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً ..." الآية .

فمن سوى بين التحريم والتحليل بالقياس فقد أبعد عن سنن التشريع .

ومن هنا وجب اعادة النظر فيما حرمه الفقهاء المقلدون ، وسدوا به أبواباً من المعاملات على الناس فضيقوا عليهم باسم الدين لمجرد الشبه ، أو لأنها لم تكن فى العصر الأول .

وما نراه اليوم من أوضاع اقتصادية جديدة لم تكن فى العصور السابقة ولم يعطها الفقهاء أحكاماً ، أو ظنها الناس داخلة فى الربا لا ينبغى لنا أن نرفضها لمجرد أنها جديدة لا نجدلها نظيراً فى كتب الفقه ، أو أنها تشبه المحرم فى بعض نواحيه ، وانما الحل الصحيح فيها أن تعرض للبحث من جديد على ضوء قواعد الاسلام ومبادئه ، فما وجدنا له منها مخرجاً اسلامياً بوضعه أبيح كما هو ، وما وجدناه يتنافى مع القواعد والأصول نحاول تعديله والتغيير فيه حتى يتوافق معها ، فان أبى التعديل طبق عليه حكم الضرورات ، وعندئذ تصبح أوضاعاً اسلامية تضم الى غيرها مما اجتهد فيه الفقهاء السابقون . ولنا فى هذا التعديل أسوة برسول الله ، فقد تقدم قريباً قوله : « بع الجمع بالدراهم ثم اشتربها جنيباً » ، وقوله فى شأن السلم بعد ما نهى عن بيع ما ليس عند الانسان « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » .

أما المعاملات الربوية الصريحة التى زحفت علينا من الغرب ، وأصبحت فى كياننا الاقتصادى ، ولا يمكن الغاؤها الآن بتشريع عاجل ، لما يترتب على هذا الالغاء من اضطراب التعامل ، وتعطل أسواق التجارة مع بلاد كل تعاملها بالربا ، وما يتبع ذلك من بلبلة فى الاقتصاد — كما قيل — هذه المعاملات تترك الآن دفعاً للحرج ، وحرصاً على تحصيل مصالح الناس ، على أن يكون ذلك تشريعاً استثنائياً مستثنى من أجل هذه الضرورة

مع البحث الجدى فوراً عن طريقة لاستقلال اقتصادنا عن الاقتصاد الغربى القائم فى أصله على الربا ، فننشىء اقتصاداً يقوم على مبادىء الاسلام الصحيحة يشترك فيه كافة الدول الاسلامية والعربية وغيرها من الدول الصديقة التى ترغب فى ذلك [1] .

اننا ان فعلنا ذلك أمكننا أن ننفصل عن الغرب اقتصادياً ، وبه يتم استقلالنا الحقيقى ، وفى خيرات البلاد العربية والاسلامية ومواردها الوفيرة ما يغنينا عن التعامل مع هؤلاء الربويين ، وحينذاك يجد الغرب

---

(١) ومما يشجع على ذلك — وقد بات الأمل قريباً فى الانفصال والاستقلال — أن الوعى تيقظ فى الدول الاسلامية والعربية والدول الصديقة لهما من الدول الأفريقية والأسيوية ، وبدأ العمل على التحرر الاقتصادى مثلا فى المؤتمر الاقتصادى الأفريقى الأسيوى الذى انعقد لأول مرة فى ديسمبر عام ١٩٥٨ لتقوية التعاون الاقتصادى بين دول القارتين ، ومنذ ذلك الحين وهو يعمل جاهداً على ارساء دعائم ذلك التعاون استجابة لمؤتمر باندونج الذى سبقه عام ١٩٥٥ ، حتى اعتبر — بحق — ثمرة من ثمراته .

وها هو ذا ينعقد للمرة الثانية فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٠ ، ويفتتحه الرئيس جمال عبد الناصر منبهاً الى مواطن الخطر فيقول : « ان الصلة وثيقة بين الاقتصاد والسياسة ، وأن الحرب السياسية تبدأ غالباً بحرب اقتصادية ، وأن الاستعمار ضروب مختلفة ، وأن من أسوأ أنواعه الاستعمار الاقتصادى ، ولا يمكن لأى دولة جديدة أن تطمئن على استقلالها السياسى اذا لم يتحرر اقتصادها من سيطرة الاستعمار » .

وجاء فى خطاب الرئيس سيكوتورى رئيس جمهورية غينيا الجديدة : ان تدعيم العلاقات التجارية بين بلاد آسيا وأفريقيا وتقوية العلاقات التجارية بين كل دولة أفريقية وجارتها وبين كل دولة افريقية وشقيقتها الدولة الأسيوية هو فى نظرى أكبر قوة محطمة للاستعمار ، وأكبر قوة لبناء الاقتصاد الأفريقى الأسيوى . صحيفة الجمهورية أول مايو سنة ١٩٦٠ ، ومجلة بناء الوطن العدد ١٠٢ السنة الأولى .

واذا كانت الدول الأوربية أنشأت سوقاً أوربية مشتركة لتواجه به التهديد الاقتصادى الذى تصورته موجهاً لها من جانب البلاد المتحررة فى آسيا وأفريقيا أفلا يجدر بنا أن نحمى أنفسنا واقتصادنا من أكلة الربا ؟

وأصلح نظام فى نظرى يوصلنا الى الغاية هو النظام الذى أدال دولتى الأكاسرة والقياصرة فيما مضى من التاريخ ، وأثبت فى كل تجربة أنه أصلح نظام عرفته الانسانية منذ قامت خلافة الانسان فوق الأرض .

نفسه مضطراً الى التعامل معنا على الأسس التى نختارها ، فان لم يكن مفر من التعامل معهم على الوضع القائم فليحصر فى نطاق الضرورة الذى دل عليه قوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه "، وطبقه رسول الله ملائماً بين التشريع وواقع الناس فى عصره .

ولا يفوتنى هنا أن أنبه على مبدأ آخر يدخل فى حل المشكلة ، وهو أن الشارع استثنى بعض أفراد الربا لحاجة الناس كالقرض والعرايا ، وأن بعض الفقهاء جوز القياس على ما استثناه الشارع اذا كان المقيس فى معنى المقيس عليه .

فالغزالى يقول : إن ما استثنى عن قاعدة سابقة ويتطرق الى استثنائه معنى فهذا يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى ، وشارك المستثنى فى علة الاستثناء ، مثاله استثناء العرايا ، فانه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا ولا هادماً لها ، لكن استثنى للحاجة ، فنقيس العنب على الرطب لأنا نراه فى معناه ، وبعد ذكر مثال آخر ليس من باب الربا قال : ولولا أنا نشم منه رائحة المعنى لم نتجاسر على الالحاق .

فأين هذا مما فعله متأخروا الفقهاء من التغالى فى التحريم بالقياس وادخال أشياء كثيرة فى الربا والريبة ؟!

ومن هذه المشكلات نظام الحدود « العقوبات المقدرة شرعاً على بعض الجرائم » فان دعاة التمدن يقولون : انه نظام لا يلائم المدنيات العصرية ، فقطع يد السارق فيه قسوة وشدة لا تتناسب مع سرقة مال الغير مهما غلت قيمة المال ، وجلد الزانى ورجمه أشد قسوة من سابقه ، وكيف يستساغ جلد سكران ثمانين جلدة على أن شرب كأساً من خمر ؟!

وجوابنا على ذلك أن الشارع شرع هذه العقوبات المقدرة المحددة فى أضيق نطاق « حيث قدرها وحددها لست جرائم هى : القتل وقطع الطريق « الحرابة » ، والزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر » والحسنة

الأولى لها عقوبات مقدرة فى القرآن ، ولا خلاف فيها ، وأما شرب الخمر فعقوبته ثابتة بالسنة ، ومختلف فى أنها حد أو تعزير ، وكذلك فى مقدارها ، وزيد كذلك فى السنة عقوبة على الارتداد عن الاسلام « من بدل دينه فاقتلوه » .

قدر الشارع عقوبات هذه الجرائم لشيوعها بين الناس ، وعظم جرمها فى حق المجتمع ، لأنها اعتداء على الأمور الضرورية « النفس والمال والعرض والنسب والعقل والدين » .

قدر هذه وترك ما عداها من غير تحديد لجزاء مفوضاً الأمر فيها الى الولاة يقدرونه حسبما تقضى به المصلحة ، وانما فعل ذلك ليكون التشريع مرناً صالحاً للتطبيق فى كل عصر ، وفى جميع البيئات ، ولأن الجرائم لم تنحصر فيما كان موجوداً حين التشريع ، ففى كل يوم يولد جديد فى عالم الاجرام .

والجزاء المفوض فى باب التعزير يبتدىء من الكلمة الزاجرة ، وينتهى عند أشد العقوبات وهى القتل .

والتعزير يجب على فعل كل منكر مخالف للنظام الشرعى ، سواء أكان اخلالا بواجب دينى أم عدواناً على الغير ، فيدخل فى ذلك السب والشتم والغش والاحتيال والتزوير ، وشهادة الزور والاستهزاء بالدين ، وترك الواجبات من صوم وصلاة وغيرهما .

ولعل مسلك القوانين الحديثة فى جعلها لكل جريمة عقوبة لها حدان أدنى وأعلى ، وتركها للقاضى حرية الاختيار حسبما يرى ، لعل ذلك جاء تقليداً للنظرية الاسلامية فى التعزير المفوض أصل تقدير العقوبة فيه الى القاضى .

مقصد الشارع من تشريع الحدود

والاسلام حينما شرع تلك العقوبات لم يقصد منها الا اصلاح المجتمع بمنع وقوع هذه الجرائم أو تقليل وقوعها ، وفى دائرة الاصلاح شرعها ، لذلك لم نجد منه حرصاً على اثبات تلك الجرائم ، ولا تشوفاً الى اقامة الحدود عليها . فقد شرط فى إثباتها شروطاً يقل معها الاثبات أو يندر .

فالزنى مثلا لا يثبت الا باقرار الزانى نفسها قراراً صريحاً لا شبهة فيه ، أو بشهادة شهود أربعة تتوفر فيهم العدالة والمعاينة .

فشهود أربعة يتفقون على رؤية الجانى على وضع واحد ، بحيث اذا اختلفوا فى الشهادة سقطت شهادتهم يدل دلالة واضحة على أن العقوبة – فى الحقيقة – على الاعلان والمجاهرة بالفعلة الشنعاء ، لأن من يفعلها بحيث يراه هذا العدد من الشهود ، ويقفون على حقيقة فعله يكون مستهتراً مجاهراً بفعلته القبيحة غير مبال بقانون ولا حاسب للمجتمع الذى يعيش فيه حساباً ، بل أنه شخص تجرد من انسانيته يجرىء الناس على هذا القبيح ويدعوهم الى ارتكابه .

ومن هنا استحق عقوبة زاجرة تقام عليه فى ملأ من الناس ليكون جزاء وفاقاً " الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين " (١) .

ويؤيد ذلك ما روى عن رسول الله أنه كان يقول : « من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فاستتر فهو فى ستر الله ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد »(٢).

ويأتى من وراء ذلك أمر الشارع بدرء هذه الحدود صراحة ، يقول رسول الله فيما رواه السيوطى فى الجامع الصغير : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فان الامام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » .

وفى رواية أخرى « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً » (٣) .

---

(١) النور – ٢

(٢) كشف الغمة جـ ٢ ص ١٣٠

(٣) المرجع السابق ص ١٣١

وروى عن عمر أنه قال : « لأن أعطل الحدود فى الشبهات خير من أقيمها فى الشبهات » [1] .

بل أكثر من ذلك أن رسول الله فى قصة ماعز كاد أن يلقنه الرجوع عن اعترافه بالزنى ، فقد أعرض عنه أربع مرات ، وفى الخامسة قال له : لعلك قبلت أو لمست أو نظرت ... ولم يأمر باقامة الحد عليه الا بعد أن اعترف به صراحة .

روى أبو هريرة قال : جاء رجل الى رسول الله فشهد على نفسه أربع مرات أنه أصاب امرأة حراماً ورسول الله يعرض عنه ، فأقبل فى الخامسة فسأله عن فعله صراحة من غير كناية ، فلما أجابه قال له : فهل تدرى ما الزنى ، قال نعم : أتيت منها حراماً ما يأتى الرجل من امرأته حلالا ، قال : فما تريد بهذا القول ، قال : أريد أن تطهرنى يارسول الله ، فأمر به فرجم » [2]

وروى بريدة رضى الله عنه قال : جاءت الغامدية « امرأة من غامد من الأزد » فقالت : يارسول الله انى قد زنيت فطهرنى فردها ، فلما كانت من الغد قالت : يارسول الله لم تردنى ، لعلك تردنى كما رددت ما عزا فوالله انى لحبلى ، قال : أما اذاً فاذهبى حتى تلدى » ، فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة وقالت : هذا قد ولدته ، قال : اذهبى فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز ، فقالت هذا ابنى يانبى الله قد فطمته وقد أكل الطعام ، فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ، ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس فرجموها » [3] .

هذا هو الاقرار الذى يثبت حد الزنى لا يقبل من المقر أول الأمر ، بل يرد مرات حتى يتأكد الامام أنه جاد فى اقراره ، ومع هذا التكرار ينبغى أن يسأل عنه . هل به جنون أو مرض ، فاذا لم يكن به شيء من ذلك

(1) الخراج ص ١٥٣

(2) ، (3) كشف الغمة ص ١٣٢ ، ص ١٣٣

أقيم عليه الحد ، ويبدأ الامام ، ثم الناس ، فان رجع بعد الاقرار اعتبر رجوعه ، ودرىء عنه الحد ، فان لم يرجع صراحة لكنه فر عند اقامة الحد عليه اعتبر هذا الفرار رجوعاً ، لما روى فى قصة ماعز أنه فر حين مسته الحجارة ، ولم يتركوه حتى مات ، وأن رسول الله قال لهم لما بلغه خبره « هلا تركتموه » (١) .

وأما الشهادة ففيها بعد اشتراط نصاب معين ، وعدالة الشهود ، واتفاقهم على الرؤية على وضع معين لا شبهة فيه ، أن الشهود مخيرون بين الستر والشهادة ، والستر أفضل ، ولذا قرر الفقهاء : أن القاضى اذا رأى الشخص يزنى لا يحل له أن يقيم عليه الحد بعلمه ترجيحاً لجانب الستر (١) .

وفوق ذلك فانهم يترددون فى أداء الشهادة ، لأنهم يعلمون مقدماً أنه اذا لم تتم شهادتهم لشبهة من الشبه كانوا قذفة ، فيحدون حد القذف فهذا الوضع يمنع الشهود من أداء الشهادة غالباً .

ثم انه لو تمت شهادتهم وثبتت الجريمة وحكم باقامة الحد أمر الشهود بالبدء بالضرب فى الرجم لنتأكد من صدقهم ، فاذا امتنعوا ولو كان لمجرد الخوف والرهبة اعتبر ذلك بمثابة الرجوع منهم عن الشهادة فيسقط الحد عنه .

فأين مع كل هذا الاحتياط والتحرز فظاعة حد الزنى وقسوته ؟ ؟

ومما تجب ملاحظته هنا أنه ليس معنى سقوط الحد بالشبهة أن تسقط العقوبة عنه حتى يكون ذلك مشجعاً لهؤلاء الزناة على الاسترسال فى فعلتهم بل انه يعاقب عقوبة أخرى أخف (٢) من الحد على سبيل التعزير يختارها ولى الأمر ، لأن الحدود فيها حقان .

---

(١) الخراج ص ١٦٣

(٢) الخراج ص ١٧٨

(٣) أخف فى العدد فقط ، والا فان الضرب فى التعزير يكون أشد من الضرب فى الحد . يقول أبو يوسف : « وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف ، والتعزير أشد من ذلك كله . المرجع السابق ص. ١٦٦ ، ص ١٦٧

١ — حق المجتمع فى أصل العقاب لينزجر الجانى عما يتضرر به الناس وهذا لا يسقط أصلا .

٢ — حق الشرع فى نوع العقاب المقدر ، وهو الذى يسقط بالشبهة .

وأما حد السرقة فقد نظر اليه بعض الناس من زاوية أنه اعتداء على مال الغير ، والمال أقل من النفس ، فكيف تقطع اليد فى المال مع تفاهته ؟!

وهم يتصورون مع ذلك جيشاً من اللصوص بات مقطوع الأيدى ، فيعجزون عن العمل ، فيصبحون عالة على الناس .

وهذه نظرة خاطئة ، لأن المال جعله الله نعمة مفيدة للمجتمع كله ، وأداة لإصلاحه ، فعليه يتوقف قيام التجارة ، واحياء الصناعة ، وتنمية الزراعة ، ومنه تؤخذ الزكاة التى تسد بها حاجة المحتاجين وتجبى الضرائب التى ينفقها ولى الأمر فى مصالح الأمة كلها .

وهذا يكشف لنا عن حكمة اضافته فى القرآن الى الله عز وجل مرة ، والى الجماعة مرة أخرى ، فالأولى تفيد أن الملك الحقيقى لله ، والمالكين مستخلفون فيه للقيام عليه حفظاً وتنمية ، ثم انفاقاً فى وجوهه المرسومة لهم ، والثانية تدل على أن نفعه للجميع .

يقول الله تعالى "آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه" (١) ، ويقول "وآتوهم من مال الله الذى آتاكم" (٢) ، "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" (٣) ، "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما" (٤) .

ومن هنا يكون الاعتداء على الأموال اعتداء على المجتمع كله ، وإشاعة لعدم الأمن فيه ، فيستحق المعتدى جزاء مؤلماً يلائم جريمته .

---

(١) الحديد — ٧
(٢) النور — ٣٣
(٣) البقرة — ١٨٨
(٤) النساء — ٥

فاليد المعتدية التى أسرفت فى الاعتداء على أموال الغير . أموال المجتمع ، وولدت الرعب فى نفوس المالكين ، أسرفت فى السرقة من غير حاجة تدعوها لذلك . يد آثمة ، وعضو مريض أساء صاحبها الظن بالله تعالى ، وترك الثقة بضمانه ، وترك الاعتماد على قسمه ، وتعهده برزقه "وما من دابة فى الأرض الا على الله رزقها " [1] ، " نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا " [2] .

ان يداً كهذه لا تستحق غير القطع .

ومن تتبع اجتهادات الفقهاء وجد صوراً عديدة من السرقة لا قطع فيها للأيدى لما اكتنفها من شبه ، وان وجبت على المعتدين عقوبة أخرى ، فلو أقيم هذا الحد بشروطه لم يترك لنا جيشاً جراراً من مقطوعى الأيدى كما يقولون .

يقول أبو يوسف فى خراجه [3] : « ولا يقطع أحد فى سرقة من أبيه ولا من أمه ولا من ابنه ولا من أخيه ولا من أخته ، ولا من زوجته ، ولا من ذى رحم محرم منه ، ولا تقطع المرأة فى السرقة من مال زوجها ، ولا السارق من الحمام ولا من الحانوت المفتوح للبيع المأذون فيه ولا من الخان اذا دخله ، ولا الشريك فى سرقة من شريكه من متاع الشركة ، ولا يقطع من سرق وديعة عنده أو عارية أو رهنا ... قال : والذى يدخل داراً أو حانوتاً ويجمع متاعاً ولم يخرج به فانه لا يقطع ، ولكن يوجع عقوبة ويحبس حتى يتوب ، ومثله الذى يسرق الحيوان من مراعيها ، والثمار قبل جمعها فى حرزها» ، ثم روى حديث رسول الله «لا قطع فى ثمر ولا كثر» الكثر طلع النخل ... ثم قال : « ولا سرقة فى طعام يؤكل ، ولا فى فاكهة رطبة ولا فى الحطب ولا فى الخشب ولا فى الحجارة كلها » .

---

(1) هود — ٦

(2) الزخرف — ٣٢

(3) ص ١٧٠ وما بعدها

وهكذا نجد أبواب الشبهات التى يدرأ بها هذا الحد متعددة ، فشبهة تأتى من جانب المسروق منه ، وأخرى تنبعث من مكان السرقة ، وثالثة تجىء من نوع المال الذى وقعت السرقة عليه ، وقد يكون للوقت الذى حدثت فيه دخل فى اسقاط الحد كما حدث فى عهد عمر ، فانه نهى عن القطع فى عام المجاعة .

ثم ان الشارع لم يكن حريصاً على اقامة هذا الحد لاعتباره الشبهة مرة ، وندبه الى الستر مرة أخرى .

بل ان رسول الله كان ينفى التهمة عمن ادعى عليه .

فقد روى أنه أتى برجل ، فقيل هذا سرق شملة ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما أخاله سارقاً » ، وفى رواية « ما أخاله سرق ، أسرقت ؟ » .

وكذلك أصحابه من بعده كانوا يفعلون مثل ذلك ، فقد روى أن أبا هريرة أتى بسارق ، وهو يومئذ أمير فقال: « أسرقت ؟ قل لا ، أسرقت ؟ قل لا » [1] .

كما روى أن عليا كرم الله وجهه أتى برجل فشهد عليه رجلان أنه سرق فأخذ فى شىء من أمور الناس ، ثم هدد شهود الزور ، فقال : لا أوتى بشاهد زور الا فعلت به كذا وكذا ، ثم طلب الشاهدين فلم يجدهما ، فخلى سبيل الرجل [2] .

وفوق ذلك كان الرسول يحب الصفح والعفو من المجنى عليهم ، ويبيح الشفاعة للجانى قبل أن يصل الأمر اليه . بل أكثر من هذا أنه كان يتألم حتى يظهر الألم على وجهه حينما يقضى بقطع يد سارق .

(١) جاء فى الرواية « قول لا » بواو بعد القاف ، وقالوا فى توجيهها إن الواو تولدت من اشباع الضمة والا فالفصيح فيها « قل لا » .

(٢) الخراج ص ١٧٦

فقد روى ابن مسعود : أن أول حد أقيم فى الاسلام لسارق أتى به النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما قامت عليه البينة قال : « انطلقوا به فاقطعوه » ، فنظر الناس الى وجه رسول الله كأنما سفى – والله – عليه الرماد ، فقالوا : يارسول الله لكأن هذا اشتد عليك ، فقال : وكيف لا يشتد على وأنتم أعوان الشيطان على أخيكم ؟ ، قالوا : فهلا خليت سبيله يارسول الله ؟ ، قال : أفلا كان هذا قبل أن تأتونى به ، فان الامام اذا بلغه حد فليس له أن يعطله [1]، ثم قرأ « وليعفوا وليصفحوا ... الآية » .

وروى ابن عمر قال : كان رسول الله يقول « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغنى من حد فقد وجب » .

وقد شفع على والزبير فى سارق قبل أن يذهب به إلى الامام .

على أن شدة العقاب لا تمنع من تقريره ، لأن المقصود من شرعيته الزجر ، ومجرد تقريره واقامته مرة أو مرتين واعلان ذلك للناس كاف فى تحقيق الغرض منه ، فان مقطوع اليد اذا سار وسط الناس حمل معه الانذار المخوف لكل من تحدثه نفسه بالاعتداء على أموال الغير .

وفى هذا يقول أبو يوسف [2] مخاطباً الرشيد : « ولو أمرت باقامة الحدود لقل أهل الحبس ، ولخاف الفساق وأهل الدعارة ، ولتناهوا عما هم فيه » ، ثم يختم مقالته بقوله : « ان الأجر فى اقامة الحدود عظيم والصلاح فيه لأهل الأرض كثير » .

وأقرب مثال لذلك ما حدث فى المملكة العربية السعودية عند ما قررت قطع يد السارق ، ونفذته مرات معدودة ، فقد عم الأمن ربوعها ، وبات كل واحد وهو قرير العين . مطمئن النفس على أمواله ، وصار التاجر

---

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ١٣٨

(٢) الخراج ص ١٥١

يترك متجره مفتوحاً من غير حارس ، ويذهب لأداء الصلاة أو لقضاء مصالحه ، ثم يعود اليه فيجده كما تركه لم يمسسه أحد ، بل أكثر من هذا . ان من يفتقد شيئاً فى طريقه ويذهب الى مقر الشرطة يجده هناك فى أغلب الأحوال .

وهنا تتجلى لنا حكمة الاسلام فى تشريعه ، ويظهر لنا سر التعبير بالنكال فى قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم " (1) .

فالنكال هو العقوبة الرادعة التى تردع المعاقب ، وتحذر غيره من صنع مثل ما صنع ، يقال : نكل به تنكيلا اذا صنع به صنيعاً يحذر غيره (2) .

كما يكشف لنا سر ختم هذه الآية بقوله " والله عزيز حكيم " فان معناه عزيز فى انتقامه من السارق وغيره من أهل المعصية . حكيم فى فرائضه وحدوده .

روى أن بعض الأعراب سمع قارئاً يقرأ آية « والسارق والسارقة » وختمها بقوله " والله غفور رحيم " ، فقال ما هذا كلام فصيح ، فقيل له : ليست التلاوة كذلك ، وانما هى « والله عزيز حكيم » فقال : بخ بخ عز فحكم فقطع .

هذا هو موقف الاسلام من اقامة الحدود . احتياط بالغ فى طريقة اثباتها ، ثم اسقاطها بالشبهات ، بل تلقين الرجوع لمن أقربها ، ومنه نعرف

---

(1) المائدة — ٣٨ .

(2) وأصله من النكل بالكسر وهو القيد الشديد ويقال للجام الثقيل أيضاً ، وسميا بذلك لكونهما مانعين ، والجمع أنكال ، ومنه قوله تعالى " ان لدينا أنكالا وجحيما وطعاماً ذا غصة وعذاباً أليما " المزمل — ١٢ ، ١٣ .. وسميت العقوبة نكالا ، لأنها تحذر غير من نزلت به ارتكاب موجبها . راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ١٠٧ ، ج ٢ ص ٥٦ ، والبحر المحيط ج ١ ص ٣٤٦ ، ج ٣ ص ٤٨٤ ، وتفسير القرطبى ج ١ ص ٣٧٧ ، ج ٦ ص ١٧٤ ، وصفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٣٢ ، ص ١٩٢

مدى حرصه على بنى آدم الذين كرمهم الله ، وفضلهم على من سواهم ، وخلق لهم ما فى الأرض جميعاً .

فلو أن حكام المسلمين أعلنوا فى الناس عزمهم على اقامة حدود الله على كل خارج على المجتمع مستبيحاً حرماته من دماء وأعراض وأموال ، ثم سلكوا فى اقامتها الطريقة التى سلكها رسول الله ، وتبعه عليها أصحابه لانزجر المجرمون ، وقلت الجرائم حتى لم يبق مجال لا قامة تلك الحدود الا فى أضيق نطاق .

ان المسألة تحتاج الى حذر بالغ من أولى الأمر ، وليست بالسهولة التى يتصورها الناس .

وفى ختام هذا البحث أضع أمام القارىء مقالة فقيه من فقهاء الاسلام الأوائل ، وقاضى قضاته ابان ازدهار الدولة الاسلامية . رسم فيها لخليفة المسلمين حينذاك الطريقة السليمة لاقامة الحدود ، وكشف له عن انحراف ولاته وأعوانه فى ذلك .

يقول أبو يوسف فى خراجه (١) — بعد أن أبان أحكام الحدود وطرق اثباتها — وتقدم يا أمير المؤمنين الى ولاتك لا يأخذون الناس بالتهم ، يجيء الرجل الى الرجل « أى الوالى » فيقول : هذا اتهمنى فى سرقة سرقت منه ، فيأخذونه بذلك وغيره ، وهذا مما لا يحل العمل به ، ولا ينبغى أن تقبل دعوى رجل على رجل فى قتل ولا سرقة ، ولا يقام عليه حد الا ببينة عادلة ، أو باقرار من غير تهديد من الوالى له أو وعيد على ما ذكرته لك ، ولا يحل ولا يسع أن يحبس رجل بتهمة رجل له ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ الناس بالقرف ، (٢) ولكن ينبغى أن يجمع بين المدعى والمدعى عليه ، فان كانت له بينة على ما ادعى حكم بها ،

(١) ص ١٧٥ .
(٢) القرف . التهمة ، والجمع القراف .

والا أخذ من المدعى عليه كفيل وخلى عنه [1] ، فان أوضح المدعى عليه بعد ذلك شيئاً ، والا لم يتعرض له ، وكذلك كل من كان فى الحبس من المتهمين فليفعل ذلك به ويخصمه ، فقد كان يبلغ من توقى أصحاب رسول الله الحدود فى غير مواضعها ، وما كانوا يرون من الفضل فى درئها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً : أسرقت ؟ قل لا .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل فقيل هذا سرق شملة ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما أخاله سارقاً » .

---

(1) أليس هذا هو الضمان الشخصى الذى تأخذ به القوانين الحديثة ؟ .

المستحدث فى مشروع قانون المرافعات الموحد[1]

للأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا

أستاذ المرافعات المدنية والتجارية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

٢٤ـ فى حضور الخصوم : وجوب حضور محام عنهم .

رأى المشروع أن يستوجب حضور محام عن الخصوم فى القضايا أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية سواء فى استئناف أحكام المحاكم الجزئية أم فى الدعاوى المرفوعة الى المحاكم الابتدائية ابتداء ، وذلك بقصد توفير وقت المحكمة وحتى تتمكن بوساطة المحامى من تحديد نطاق الخصومة وتتبين طلبات الخصوم ودفاعهم على الوجه السريع . ونتيجة لهذا اذا حضر الخصم وحده دون محام عنه فى الأحوال المتقدمة فانه يعتبر متخلفاً عن الحضور .

انما يجوز للخصوم تقديم مستندات أومذكرات بأنفسهم دون أن تكون موقعة من محام عنهم .

هذا ومن ناحية أخرى ، قصد المشروع بالقاعدة المتقدمة حماية مصالح الخصوم أنفسهم حتى لا يسيئوا الدفاع عن أنفسهم (المذكرة التفسيرية للمشروع) .

أما بالنسبة الى الدعاوى المرفوعة الى المحاكم الجزئية فانه يجوز للخصوم الحضور بأنفسهم أو بوكيل عنهم من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب والأصهار الى الدرجة الثالثة .

---

(١) نكتب هذا الموضوع فى سلسلة من المقالات الأولى منها نشرت فى العدد السابق من هذه المجلة .

ولما كان المشروع قد اعتبر تقديم المذكرة من جانب الخصم بمثابة حضور ، ولما كان قد سمح للخصم بتقديمها بغير حاجة الى توقيع المحامى عليها فقد يتحايل الخصوم على القانون بالاقتصار على تقديم مذكرات دون الحضور مع محام عنهم .

ومع ذلك نرى أن هذا التحايل مقبول لأن حضور الخصم وحده يعطل عمل القاضى فى الجلسة بينما تقديم المذكرة لا يعطله . كما أن الالزام بتوقيع المحامى على كل الأوراق المقدمة الى المحكمة فيه ارهاق للخصوم وعناء عليهم واذا كان هذا هو المتبع أمام محكمة النقض فذلك لاعتبارات خاصة أساسها أن الخصومة فى النقض تتصل بصحة تطبيق القانون وسلامته فيجب أن يتحدد نطاقها بمراعاة هذا الاعتبار ولا تشغل المحكمة بغير ذلك .

هذا ويلاحظ أن المشروع فرق بين الدعاوى التى تنظرها المحاكم الجزئية وبين الدعاوى التى تنظرها المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ، وأوجب بالنسبة الى الأخيرة وحدها حضور المحامى حتى لا يرهق الخصوم بكثرة مصروفات الدعاوى القليلة القيمة ، هذا على الرغم من أن موالاة اجراءات الخصومة — أيا كانت قيمتها — أو موالاة الدفاع فيها هو عمل فنى يستلزم فيمن يقوم به فى كل الأحوال ثقافة قانونية . ولعل الأمر ينتهى فيما بعد الى القاعدة المتقدمة فى كل الأحوال وأيا كانت قيمة الدعوى، فالمشرع مثلا اذا استلزم أن توقع خريطة ما من مهندس نقابى يستوجب ذلك فى كل الأحوال أيا كانت قيمة المشروع المطلوب اقراره وتنفيذه .

واحترام القاعدة المتقدمة أمر يستوجبه النظام العام بمعنى أن على المحكمة من تلقاء نفسها عدم الاعتداء بحضور الخصم فى الحالات التى يستوجب فيها التشريع حضور محام عنه ، وعليها عندئذ تأجيل نظر القضية الى جلسة أخرى . واذا استمعت المحكمة الى أحد الخصوم دون حضور محام عنه وبنت حكمها على ما أدلى به هذا الخصم شفاهة فى الجلسة فان الحكم يكون مبنياً على اجراءات باطلة ، ولا يملك أن يتمسك بالبطلان فى هذه الحالة المتسبب فيه —أى الخصم

الذى حضر بغير محام عنه – وذلك عملا بالقواعد العامة التى تقضى بعدم قبول الدفع بالبطلان ممن تسبب فيه .

ويتعين حضور المحامى ولو عند استجواب أحد الخصوم بأمر المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم فى الدعوى – والا كانت الاجراءات باطلة .

٢٥– فى غياب الخصوم : تقديم المذكرة يعد بمثابة حضور يغنى عن اعادة الاعلان .

نصت المادة ١٠٢ من المشروع على أنه اذا حضر المدعى أو المدعى عليه فى أية جلسة أو قدم مذكرة بدفاعه ، اعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك .

وقالت المذكرة التفسيرية فى تبريرها . « ان تقديم المذكرة يعد بمثابة حضور يغنى عن اعادة الاعلان عند التغيب فى الجلسة الأولى المعينة لنظر الدعوى » .

واذن متى قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه تحقق علمه بقيام الخصومة عليه وتحقق علمه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وبذا لا محل لاعتبار الخصومة غيابية فى حقه ولو تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظرها . وهذا ما اتجه اليه المشرع فى القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل اجراءات رفع الاستئناف .

واذا تعدد المدعى عليهم وقدم بعضهم مذكرة بدفاعه دون البعض الآخر الذى حضر فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى فان الخصومة تكون حضورية فى حق الجميع بغير حاجة الى تأجيلها لاعادة اعلان من قدم مذكرة منهم .

واذا تعدد المدعى عليهم وقدم بعضهم مذكرة بدفاعه دون البعض الآخر الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى فمن الواجب اعادة اعلان

هذا البعض الأخير ، ولايلزم بأى حال من الأحوال اعادة اعلان ذلك البعض الذى قدم مذكرة بدفاعه لأنه يعتبر عالماً بقيام الخصومة والجلسة المحددة لنظرها ، وما عليه الا أن يتتبع سيرها .

واذا قدم المدعى عليه مذكرة تمسك فيها ببطلان عريضة الدعوى أو ببطلان التكليف بالحضور فان الخصومة أيضاً تعتبر حضورية فى حقه ، ولا يلزم تأجيلها الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة خصمه لأن مجرد تقديم المذكرة يؤكد علمه بقيام الخصومة والجلسة المحددة لنظرها . ويلاحظ أنه اذا قدم المدعى عليه مذكرة تمسك فيها ببطلان التكليف بالحضور بسبب عيب فى الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة فان حقه فى التمسك بالبطلان يسقط عملا بنص المادة ١٤٠ من المشروع ، ومثله مثل من يحضر وتمسك بالبطلان بسبب عيب من هذه العيوب ، فمجرد حضوره يسقط حقه فى التمسك بهذا البطلان .

واذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى (دون أن يكونوا قد قدموا مذكرات بدفاعهم) فقد أوجب المشروع فى جميع الأحوال — عدا الدعاوى المستعجلة — تأجيل نظر الدعوى لجلسة تالية يعلن بها الغائب بوساطة المدعى ويكون الحكم الصادر فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حقهم جميعاً (م ١٠٤ من المشروع) على أن تتحقق المحكمة من أن تبليغ المدعى عليه قد وقع فى المرتين صحيحاً والا كان حكمها مبنياً على اجراءات باطلة (وقابلا للطعن فيه بالاستئناف) وبذا الغي المشروع نظام المعارضة فى الأحكام النيابية كما قدمنا فى المثال السابق .

والاستثناء المتقدم الخاص بالدعاوى المستعجلة مستمد من القانون القائم الذى يمنع المعارضة فى الأحكام المستعجلة ولايستوجب اعادة اعلان المدعى عليه عند تخلفه عن الحضور فى الجلسة الأولى لنظر الدعاوى المستعجلة ، وذلك ايثاراً للسرعة التى تقتضيها الحال .

وجدير بالاشارة أن القاعدة المتقدمة تسرى أيضاً بالنسبة الى الطلبات الوقتية التى تبدى مع الطلبات الموضوعية سواء فى عريضة الدعوى أو أثناء نظر الأخيرة بمعنى أنه اذا تقدم المدعى فى عريضة دعواه بطلبات موضوعية وطلبات وقتية وتخلف المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ولم يتقدم بأية مذكرة بدفاعه جاز فى الجلسة الأولى نظر الطلبات الوقتية دون الموضوعية . وهذه يجب تأجيل نظرها لجلسة أخرى يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه .

٢٦ــ وجوب اعادة اعلان المدعى عليه الغائب اذا تبينت المحكمة بطلان اعلانه :

تنص المادة ١٠٧ من المشروع على أنه اذا تبينت المحكمة بطلان اعلان المدعى عليه الغائب وجب عليها تأجيل القضية الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة خصمه .

وهذا النص على خلاف نص المادة ٩٥/ ٣ من القانون القائم الذى يستوجب على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى اذا تبينت بطلانها .

وهكذا يبدو واضحاً تطور روح التشريع عند المقارنة بين النصين المتقدمين فبينما يستوجب القانون القائم على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها الحكم ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى اذا تبينت بطلانها يستوجب المشروع عليها أن تكتفى باعادة اعلان المدعى عليه ، وبذا يصحح الاجراء الباطل .

وتقول المذكرة التفسيرية فى توضيح النص المتقدم «كما اعتد المشروع أيضاً بنظرية تكملة الاجراء الباطل بتصحيحه فأوجب على المحكمة اذا تبينت بطلان تبليغ المدعى عليه الغائب تأجيل نظر القضية الى جلسة تالية يبلغه بها خصمه على أنه لا يعتد الا بتاريخ التبليغ الصحيح» .

ومما تجب ملاحظته أن المحكمة لا تحكم ــ من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الحاضر ــ بتأجيل القضية الى جلسة تالية يعلن بها الغائب بواسطة

خصمه الا اذا توافرت الشروط التالية : ١- أن يتخلف المدعى عليه - أو من فى حكمه - عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى .

واذا تخلف المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ، على الرغم من صحة اعلانه ، وأعيد اعلانه عملا بالمادة ١٠٤ من المشروع التى تستوجب اعادة اعلان المدعى عليه عند تخلفه عن الحضور فى الجلسة الأولى ، وتمت اعادة اعلانه باجراء باطل فمن الواجب أن تحكم المحكمة بتأجيل نظر القضية الى جلسة ثالثة يعلن بها بواسطة خصمه .

واذن يلزم أعمال المادة ١٠٧ من المشروع عند تخلف المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الثانية لنظر الدعوى بعد تأجيلها بسبب تخلفه عن الحضور فى الجلسة الأولى بشرط أن تتبين المحكمة بطلان الاعلان الثانى ولو كان الاعلان الأول صحيحاً ، لأن المشروع يستلزم حتى يعتبر الحكم بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليه أن يعلن مرتين للحضور بشرط أن يكون الاعلان صحيحاً فى المرتين على ما قدمناه .

٢- أن تتبين المحكمة بطلان اعلان المدعى عليه :

والأصل أن نص المادة ١٠٧ من المشروع قد ورد لرعاية مصلحة الخصم الغائب الذى تخلف عن الحضور بسبب بطلان عملية الاعلان وجهله قيام الدعوى والجلسة المحددة لنظرها . ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من اعمال النص المتقدم - على سبيل القياس - فى كل حالة يتخلف فيها المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى متى ثبت للمحكمة بطلان التكليف بالحضور لأى سبب من الأسباب ، على الرغم من أن المدعى عليه قد لا يكون جاهلا قيام الدعوى أو الجلسة المحددة لنظرها كما اذا كان البطلان بسبب عيب فى بيان المحكمة التى تنظر الدعوى أو الجلسة المحددة لنظرها أو كان الاعلان يجهل بالمدعى أو بالمدعى به ... الخ وهذه هى القاعدة المتبعة فى ظل القانون القائم على الرغم من عدم وجود نص

يجيز للمحكمة تأجيل نظر الدعوى الى جلسة أخرى يعلن بها الخصم الغائب اذا ما تبينت المحكمة بطلان اعلانه .

٣ ــ ألا يكون المدعى عليه قد أسقط حقه فى التمسك بالبطلان :

يشترط حتى تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بتأجيل نظر الدعوى الى جلسة أخرى يعلن بها الخصم الغائب الذى أعلن باجراء باطل ــ يشترط ألا يكون قد أسقط حقه فى التمسك بالبطلان . واذن اذا قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه ــ وأودعها قلم الكتاب عملا بنص المادة ١١٠ من المشروع ــ دون أن يضمنها تمسكه بالبطلان (مع مراعاة الاستثناءات المقررة فى المادة ١٤٠ من المشروع) ، ثم تخلف عن الحضور فان المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها تأجيل الدعوى عملا بالمادة ١٠٧ من المشروع ، لأن الاعلان قد زال عنه البطلان الذى كان قد اعتوره .

هذا ويلاحظ أن اعمال المادة ١٠٧ من المشروع لا يمنع المدعى عليه من التمسك ببطلان الاعلان الأول اذا كانت له مصلحة فى التمسك بهذا البطلان ، لأن حضوره بناء على الاعلان التالى الصحيح لا يمنعه من التمسك ببطلان الاعلان الأول ؛ فالحضور الذى يسقط الحق فى التمسك بالبطلان عملا بالمادة ١٤٠ من المشروع هو الحضور بناء على ذات الاعلان الباطل .

ومتى تمسك المدعى عليه ببطلان الاعلان الأول وحكمت به المحكمة فلا يعتد الا بتاريخ الاعلان الصحيح ، وفق ما صرحت به المذكرة التفسيرية للمشروع .

وواضح كل الوضوح من مفهوم مخالفة المادة ١٠٧ من المشروع أنه لا يجيز للمحكمة الحكم من تلقاء نفسها ببطلان الاعلان عند تخلف المدعى عليه عن الحضور ، بل هو يوجب عليها فى جميع الأحوال تأجيل نظر القضية الى جلسة تالية يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه .

٢٧ـ الغاء نظام قاضى التحضير ــ القواعد المستحدثة لتحضير الدعوى :

تقول المذكرة التفسيرية للمشروع : « اتجه المشروع الى الغاء نظام قاضى التحضير بعد أن ظهر من تطبيقه أنه يعطل سير القضايا ، ومما ساعد على الغاء هذا النظام أن المشروع قد أوجب على المدعى تقديم جميع مستنداته عند تقديم الصحيفة حتى يتمكن خصمه من الرد عليها فى مذكرة أوجب على المدعى عليه ايداعها قلم الكتاب ، يرفقها بمستنداته ، قبل الجلسة المعينة لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل » .

وقد ثبت من العمل بنظام قاضى التحضير أنه لا ييسر الاجراءات ولا يختصرها بل على العكس يعطل سيرها ؛ وما تم من اجراءات أمامه يعاد فى الكثير الغالب من الأحوال أمام المحكمة الكاملة . فالغاء نظام قاضى التحضير يوفر الوقت والاجراءات فضلا عن أنه يخفف من مواطن البطلان فى التشريع ، فكثيراً ما يحكم ببطلان الاجراءات سبب عدم عرضها على قاض التحضير ، أو بسبب عدم كتابة تقريره أو عدم تلاوته ... الخ .

والنظام المقترح فى المشروع بصدد تحضير القضية أن يودع المدعى ما لديه من مستندات عند تقديم عريضة دعواه لقلم الكتاب وأن يودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه مصحوبة بمستنداته قبل الجلسة المعينة لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل .

فالمادة ١٠٩ من المشروع تنص على أنه « يجب على المدعى أن يرفق بعريضة دعواه جميع المستندات التى تؤيدها ولا يقبل منه بعدئذ أن يقدم مستنداً كان فى امكانه تقديمه وقت ايداع العريضة قلم الكتاب » ..

وانما يجوز له أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة . والمادة ١١٠ من المشروع تنص على أنه « يجب على المدعى عليه فى سائر الدعاوى عدا المستعجلة أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفقها بمستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بخمسة أيام على الأقل .

ويعد تقديم هذه المذكرة بمثابة حضور يغنى عن اعادة اعلانه عند تغيبه فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى » .

ولقد رأى المشروع أن المدعى وقد أقام دعواه واستجمع أدلتها وأعد مستنداتها — فى الكثير الغالب من الأحوال — لا يكون لديه أى عذر اذا امتنع عن ايداع مستنداته عند تقديم عريضة دعواه قلم الكتاب . ولهذا أخذه بالشدة ومنع المحكمة من قبول أى مستند له بعدئذ اللهم الا اذا ثبت للمحكمة أنه لم يكن فى امكانه تقديمه وقت ايداع العريضة قلم الكتاب .

أما اذا ثبت للمحكمة أن للمدعى عذره فى عدم تقديم مستنداته — كما اذا كانت لدى شركة فى الخارج مثلا — فهنا تقبلها المحكمة منه فى أية حالة تكون عليها الاجراءات . كذلك يجوز للمدعى تقديم مستندات — فى أية حالة تكون عليها الاجراءات — اذا كانت مقدمة للرد على دفاع خصمه أو طلباته العارضة أو دفوعه أيا كان نوع هذه الدفوع .

واذا كان المدعى يملك تقديم مستنداته فى الأحوال المتقدمة فهو يملك أيضاً طلب تأجيل نظر الدعوى لتقديمها مع ملاحظة جواز تعرضه للجزاء المقرر فى المادة ١١٢ من المشروع (المقابلة للمادة ١٠٩ من القانون القائم) .

واذا لم يكن للمدعى أى عذر يعفيه من تقديم مستنداته عند ايداع عريضة دعواه فان المحكمة تملك عدم قبولها ، ولايلومن الا نفسه .

وبالنسبة الى المدعى عليه ، فان المشروع لم يضع أى جزاء يترتب على عدم ايداع مذكرته أو مستنداته فى الميعاد المقرر فى المادة ١١٠ من المشروع [١] اللهم الا الجزاء العام المقرر فى المادة ١١٢ من المشروع (المقابلة للمادة ١٠٩ من القانون القائم) . وعلة ذلك أن المدعى عليه فى موقف المدافع ويجب أن تكون له رعاية خاصة فى هذا الصدد .

---

(١) يلاحظ أن عبارة الوجوب المقررة فى صدر المادة لا تر تب أى بطلان جزاء مخالفتها . راجع ما قلناه فى تفسير المادة ٢٩ من المشروع — الفقرة رقم ١١ من المقال .

ويلاحظ أن المدعى عليه يعفى من تقديم المذكرة والمستندات فى الميعاد المقرر فى المادة ١٠٩ من المشروع فى الدعاوى المستعجلة لأن ميعاد الحضور فيها هو أربع وعشرون ساعة فقط ، وفى الدعاوى التى يتم فيها نقص ميعاد الحضور بأمر قاض الأمور الوقتية عملا بالمادة ٧٧ من المشروع لأن النقص يصير الى ثلاثة أيام أو الى يوم واحد بحسب الأحوال المقررة فى هذه المادة .

ويجب اتباع المادة ١٠٩ والمادة ١١٠ من المشروع فى حالة اختصام الغير أثناء نظر خصومة قائمة .

وعند رفع الطلبات العارضة — أو التدخل — بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى يتعين أيضاً احترام المادتين المتقدمتين ، لأن الاحالة الى القواعد العامة فى رفع هذه الطلبات أو فى رفع التدخل يقتضى حتما إتباع ما نصت عليه تلك المواد ، هذا على الرغم من أن المدعى يعفى من اتباع ما نصت عليه المادة ١٠٩ اذا أبدى الطلب العارض شفاهة فى الجلسة ، وذلك لأن القاعدة أن المشرع اذا رسم عدة طرق لاتخاذ اجراء ما ، فان اختيار أحد هذه الطرق يستتبع حتما احترام كل ما قررة المشرع بصدده ولو لم يكن مقرراً بالنسبة الى غيره من هذه الطرق .

٣٨— اذا أمرت المحكمة بوقف الخصومة لمعاقبة المدعى المهمل فان عليه هو تعجيل دعواه :

تنص المادة ١١٢ والمادة ١١٣ من المشروع (م ١٠٩ وم ١١٤ من القانون القائم (على أن للمحكمة الحكم على المدعى الذى يتخلف عن تنفيذ ما أمرته به بوقف الدعوى مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر (فى المحاكم الجزئية) أو ستة أشهر (فى المحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف) ، فاذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرته به جاز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن .

والمادة ١٠٩ من القانون القائم تنص على أنه اذا مضت مدة الوقت المتقدمة عجل قلم الكتاب الدعوى بكتاب موصى عليه لجلسة يحددها القاض

وقد الغى المشروع القاعدة الأخيرة ، وتقول مذكرته التفسيرية فى هذا الصدد : « ومما هو جدير بالذكر أن المشروع فى المادة ١١٢ منه قد الغى القاعدة التى توجب على قلم الكتاب تعجيل القضايا الموقوفة معاقبة للمدعى المهمل – المشار اليها فى المادة ١٠٩ من قانون المرافعات المصرى – وذلك نظراً لأن أقلام الكتاب مرهقة بالعمل ومن شأن ذلك أن يزيد من أعبائها فضلا عن أن المدعى هو الذى يجب أن يتحمل هذا العبء لأنه المكلف بالسير فى دعواه فان تراخى فى تعجيلها بعد انقضاء مدة الوقف سرى ميعاد سقوط الخصومة من هذا التاريخ » .

ويلاحظ أنه فى ظل القانون القائم اذا لم يقم قلم الكتاب بتعجيل الدعوى بعد انقضاء فترة الوقف ، وتراخى المدعى فى تعجيلها أيضاً ، جاز اسقاط الخصومة متى انقضت سنة من تاريخ انقضاء مدة الوقف عملا بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات القائم .

٢٩– الغاء سائر الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة :

قلنا [١] ان وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة يثير منازعات ومشاكل لا يتناسب تحملها مع الفائدة التى يحققها . وقد يؤدى الخطأ فى الوصف فى كثير من الأحوال الى اهدار الحق الموضوعى أو حق الاستئناف . ومثال ذلك أن يرفع المدعى دعواه معتبراً اياها من الدعاوى التى يوجب القانون نظرها على وجه السرعة فيعفى نفسه من ذكر بيانات صحيفتها التى أوجبها المشرع فى المادة ٢/٧١ مما قد يترتب عليه بطلانها عملا بالمادة ٧٩ /٢ ، أو أن يستأنف الخصم الحكم باعتباره صادراً فى دعوى من الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد ، وتقضى المحكمة بغير هذا الوصف فيبطل استئنافه لرفعه بعريضة بدلا من رفعه بتكليف بالحضور ، أو أن يعتد

(١) فى كتاب نظرية الأحكام فى قانون المرافعات رقم ١٦١ م

الخصم بميعاد الاستئناف المقرر للأحكام التى تصدر فى الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد فيحكم بعدم قبول استئنافه على اعتبار أن الحكم قد صدر فى مادة يتعين نظرها على وجه السرعة وأن المستأنف لم يحترم الأيام العشرة المقررة فى المادة ٤٠٢ . وقلنا انه اذ أثبت التطبيق العملى أن الوصف المتقدم يضر وأن نفعه لا يتناسب مع هذا الضرر ولا يشفع فى تحمله يكون الأفضل الغاءه خاصة وأن رائد المشرع فى عصرنا الجديد هو التيسير والتبسيط حتى لا يتحمل المواطن جهداً وعناء هو فى غنى عن تحمله ، وتتجه التشريعات الجديدة المقارنة الى هذا النحو [1] .

وجاء مشروع قانون المرافعات الموحد ينص فى المادة ١١٤ منه على أنه « تسرى على الدعاوى التى يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة فى رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن فى الحكم الصادر فيها ومواعيده » . وتقول المذكرة التفسيرية بصدده « الغى المشروع سائر الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وبذا يكون كل المقصود من هذا الاصطلاح الأخير هو مجرد حث المحكمة على سرعة انجاز الفصل فيها » .

ولقد شاء المشروع أن يضع نص المادة ١١٤ منه بمثل الوضوح المتقدم حتى ينفى تماماً أية تفرقة قانونية بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى متى تنظر على وجه السرعة ، سواء أورد الاصطلاح المتقدم فى قانون المرافعات أم فى غيره من القوانين ، وسواء أكان الأمر متصلا باجراءات رفع الخصومة أم نظرها أم اجراءات رفع الطعن فى الحكم الصادر فيها أم ميعاد هذا الطعن .

٣٠ – انشاء النيابة فى المواد المدنية والتجارية :

أوصت اللجنة التى قامت بوضع المشروع بانشاء النيابة فى المواد المدنية والتجارية لتبدى الرأى فى كل قضية تعرض على محكمة الاستئناف أو المحكمة

---

(١) أنظر المراجع العديدة والقوانين الأجنبية المشار اليها فى كتاب نظرية الأحكام رقم ١٦١ م ص ٣٠٥

الكلية ، فقد ثبت فى العمل أن القضايا التى تبدى فيها النيابة العمومية رأيها قلماً يحيد فيها الحكم عن الصحة والحقيقة ، وبذا يتحقق حسن سير العدالة ويطمئن المتقاضون الى قضاة المحكمة مع خلق نواة صالحة لقضاة خبروا العمل وتمرسوا به ، فضلا عن التيسير على القضاة ومستشارى محاكم الاستئناف خاصة بالنسبة للدعاوى التى تطرح عليهم ابتداء .

ولما تقدم جاءت الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ تنص على أن على النيابة أن تتدخل فى كل قضية مرفوعة الى محكمة الاستئناف أو المحكمة الكلية والا كان الحكم باطلا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وجاء فى مشروع قانون الاصدار أن القاعدة التى توجب تدخل النيابة فى كل دعوى مرفوعة الى المحكمة الابتدائية — هذه القاعدة لا تسرى الا فى أول أكتوبر سنة ١٩٦٤ ، وذلك حتى تتمكن وزارة العدل من مواجهة ما يتطلبه اعمال هذه القاعدة من توافر عدد من أعضاء النيابة للقيام بالوظيفة المتقدمة ، والى حين أول أكتوبر سنة ١٩٦٤ يجوز تدخل النيابة أمام المحاكم الابتدائية فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف والجنسية .

ونص المشروع على أنه فى الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالنقض أو الالتماس فى الأحكام والقرارات الصادرة فى القضايا المطروحة على المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف — حيث تتدخل النيابة بحكم القانون — يجوز لها الطعن بهذا الطريق أو ذاك بشرط توافر شروط الطعن بطبيعة الحال (م ١٢٦ / ٣) .

ونصت المادة ١٢٧ من المشروع على أنه يجوز للنيابة أن تتدخل أمام المحاكم الجزئية فى القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية أو الوقف أو الجنسية .

٣١— عندما تعمل النيابة بطريق الادعاء :

تنص المادة ١٢٦ / ١ من المشروع على أنه للنيابة العامة حق الادعاء مباشرة فى الحالات التى ينص عليها القانون ، وإذا رفعت الدعوى فى هذه

الحالات من صاحب الشأن وجب عليها أن تتدخل والا كان الحكم باطلا وتعتبر النيابة العامة فى هذه الحالات خصما أصلياً ، ويتعين حضورها فى الجلسات .

وقالت المذكرة التفسيرية بصددها « أبرز المشروع فى الفقرة الأولى من المادة ١٢٦ منه أن للنيابة العامة حق الادعاء مباشرة باعتبارها طرفاً أصلياً فى الحالات التى ينص عليها القانون وأنه اذا رفعت الدعوى فى هذه الحالات من صاحب الشأن وجب عليها أن تتدخل والا كان الحكم باطلا كما يتعين حضورها فى الجلسات .

٣٢– فى أحوال تدخل النيابة لا يلزم حضورها ويكتفى بتقديم مذكرة منها :

تنص المادة ١٢٨ من المشروع على أنه تعتبر النيابة ممثلة فى الدعوى متى قدمت مذكرة فيها ، ولا يتعين حضورها الا اذا نص القانون على ذلك .

وقالت المذكرة التفسيرية أن المشروع قد قصد بالنص المتقدم توفير وقت النيابة العامة مع عدم المساس بالضمانات المقررة فى هذا الصدد ، وهذا هو مسلك التشريع السورى .

وجدير بالذكر أن النص المتقدم لا يعمل به الا اذا كانت النيابة تباشر سلطتها بابداء الرأى أما اذا كانت تعمل بطريق الادعاء فمن الواجب حضورها على النحو المؤكد بنص المادة ١٢٦ /١ من المشروع .

٣٣– عدم حصر الدفوع الشكلية – وهى الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات :

قلنا [١] ان المشرع فى قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ لم يحالفه التوفيق فى حصره للدفوع الشكلية ، وكانت دقة التعبير تقتضى أن يدخل المشرع فى عداء هذه الدفوع – أى الدفوع المتعلقة بالأجراءات أو الدفوع

---

[١] فى كتاب نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – الطبعة الثانية – ص ٦ ، ٧

الأولية exceptions préliminaires أو exceptions de procédure كل دفع للخصومة أو لاجراء فيها يقصد به التخلص منها بغير حكم فى موضوعها أو وقف السير فيها مدة ما أو يقصد به التمسك ببطلان الاجراء واعتباره كأن لم يكن ؛ فالمدعى عليه الذى يتمسك ببطلان الخصومة لفقد أهلية المدعى أو باعتبارها كأن لم تكن يبدى فى واقع الأمر وقتاً يرمى به الى التخلص من الخصومة لبطلان اجراءاتها ، والمدعى عليه الذى يتمسك بسقوط الخصومة يبدى هو الآخر دفعاً ببطلانها ، والخصم الذى يتمسك ببطلان اجراء يبدى فى الواقع دفعاً يتعلق بالشكل والذى يتمسك بوقف الخصومة يقصد تفادى الحكم عليه مؤقتاً بما يدعيه خصمه ويبدى دفعاً يتعلق بشكل الاجراءات ، والمستأنف عليه الذى يتمسك ببطلان عريضة الاستئناف التى قدمت الى قلم الكتاب عملا بنص المادة ٤٠٥ يبدى فى الواقع دفعاً ببطلانها يقصد به التخلص من الخصومة فى الاستئناف . وقلنا ان الغريب أن المشرع قد ضيق من نطاق الدفوع الشكلية وقصرها على الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالاحالة والدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور على اعتبار أنها توجه الى الخصومة برمتها ، وكان الأولى به — اذا شاء أن يتمشى مع منطقه — أن يوسع من نطاقها ليدخل فى عدادها ما استحدثه من حالات تعتبر فيها الخصومة كأن لم تكن ان لم يستوف اجراء معين فى ميعاده .

ولقد انتقد البعض (١) هذا الذى قلناه ، ووصفه بأنه غير صحيح وبأن المشرع لم يرد فى الفصل الخاص بالدفوع أن يجمعها كلها من مواضعها سواء وجب ابداؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى أو بعد ذلك . وانما حصرها فى الدفوع الجائز ابداؤها قبل التعرض للموضوع .

والغريب أن هذا القول يصلح للرد عليه ما جاء فى النقد المتقدم عليه ، فحتى مع التسليم ، جدلا ، بأن المشرع قد قصد فى الباب السادس من الكتاب الأول من قانون المرافعات القائم مجرد حصر الدفوع التى تتعلق بصحة

---

(١) مؤلف الأستاذ محمد العشماوى والدكتور عبد الوهاب العشماوى ٢ ص ٢١٧ الحاشية

انعقاد الخصومة وقت رفعها وتقتضى طبيعها بأن يكون ابداؤها قبل التعرض لموضوع الدعوى - نقول حتى مع التسليم الجدلى بأن مقصود المشرع كان يرمى الى هذا - فان التوفيق لم يحالفه لأنه قد أغفل دفوعاً - تقدمت الاشارة اليها - كان يتعين ادخالها فى تعداد هذه الدفوع ، مثال ذلك الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم قيدها فى خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظرها .

ثم ان القول بأن « طلب بطلان أوراق المرافعات أو اجراءاتها فيما عدا ورقة التكليف بالحضور ، ليس دفعاً شكلياً مما يجب ابداؤه قبل التعرض للموضوع اذ لا يعدو أن يكون طلباً يتقدم به الخصم فى الدعوى أو يقيم به دعوى مبتدأة أمام القضاء (1) » هذا القول محل نظر ، لأن التمسك ببطلان أى اجراء من اجراءات المرافعات هو تمسك بدفع يتصل بشكل الاجراءات ، ويتعين أن يبدى قبل التكالم فى الموضوع عملا بنص المادة ٢٦ من قانون المرافعات التى تنص على أن البطلان يزول اذا نزل عنه من شرع لمصلحته أو اذا رد على الاجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحاً أو قام بعمل أو اجراء آخر باعتباره كذلك .

أما أن التمسك بالبطلان قد يبدى فى صورة دعوى مبتدأة ، فهذا أيضاً محل نظر ، ولا يمكن التسليم به مالم ينص القانون عليه صراحة (كما هو الحال بالنسبة لاسقاط الخصومة) ، ذلك لأنه من القواعد الأولية الأساسية فى قانون المرافعات أن التمسك ببطلان اجراءات الخصومة يجب أن يتم أثناء نظر الخصومة وقبل التكلم فى الموضوع والرد على الاجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً . واذا لم يسقط الخصم حقه فى التمسك بهذا البطلان جاز له التمسك به على صورة طعن فى الحكم الصادر فى الخصومة اذا بنى على ذلك الاجراء الباطل . أما أوراق المرافعات - أى اجراءاتها - التى لا تتصل بخصومة - فهذه - هى التى - من الجائز التمسك ببطلانها على صورة دعوى مبتدأة .

---

(1) المرجع المتقدم ٢ ص ٢١٦ رقم ٧٢٦

لكل ما تقدم ، ولما كانت القاعدة الأساسية فى فقه المرافعات أنه يدخل فى عداد الدفوع المتعلقة بشكل الاجراءات كل دفع يطعن به على اجراءات الخصومة اما لرفعها الى محكمة غير مختصة أو لرفعها باجراء باطل ، كما يدخل فى عدادها كل دفع يوجه الى أى اجراء من اجراءات الخصومة أو كل دفع يقصد به وقف اجراءاتها لمدة ما ، وذلك كله من غير المساس بأصل الحق المدعى به — لكل ما تقدم يكون الصحيح هو عدم حصر الدفوع الشكلية فى التشريع على أى نحو كان .

وبناء عليه اتجه المشروع الى عدم حصر الدفوع الشكلية . وتقول مذكرته التفسيرية فى هذا الصدد «لم يفت المشروع أن يعالج الدفوع فاتجه الى عدم النص على حصر الدفوع الشكلية على اعتبار أن كل دفع يتصل بشكل الاجراءات هو فى واقع الأمر دفع شكلى . ومن ثم يعد من الدفوع الشكلية الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو بنوع القضية أو بقيمتها والدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بالاحالة بنوعية والدفع بالبطلان سواء أكان متعلقاً بعريضة الدعوى أو بورقة التكليف بالحضور أو بأى اجراء آخر والدفع بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم أو باعتبارها كأن لم يكن» .

كما يدخل فى عداد الدفوع الشكلية كل دفع يقصد به تأجيل نظر القضية حتى ينقضى ميعادها .

ولقد أطلقت المادة ١٣٥ من المشروع على الدفوع الشكلية تعبير «الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات» .

٣٤ — يجب ابداء سائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات معاً وقبل التكلم فى الموضوع :

تنص المادة ١٣٥ من المشروع على أنه يجب قبل الادلاء بأى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول ابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بعدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى والدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الثانية لرفع الدعوى اليها ابتداء والدفع باحالة الدعوى الى محكمة

أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ولقيام دعوى أخرى مرتبطة بها والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها .

ويسقط حق الطاعن فى ابداء هذه الدفوع اذا لم يبدها فى عريضة الطعن .

وقالت المذكرة التفسيرية بصدد هذه المادة أن المشروع قد أوجب ابداء جميع الدفوع الشكلية معاً وقبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها . وألغى القاعدة التى ترتب هذه الدفوع فيما بينها لما تؤدى اليه من تراخى الخصم فى ابدائها وتأخير الفصل فى الدعوى .

وقالت المذكرة التفسيرية أيضاً أنه اذا نشأ سبب الدفع بعد قيام الدعوى فمن الواجب التمسك به قبل التكلم فى الموضوع فى أول جلسة تحل أو أول مذكرة يقدمها المتمسك بالدفع بعد قيام السبب الموجب له .

وتذهب التشريعات الحديثة الى الزام الخصم التمسك بسائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات معاً وقبل التكلم فى الموضوع منعاً من تأخير الفصل فى الدعوى [1] .

وبناء على ما تقدم يتعين ابداء سائر الدفوع المتصلة بشكل الاجراءات والتى لا تتعلق بالنظام العام — معاً وقبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها . فاذا تمسك الخصم بها فى مذكرته وجب أن يضمنها سائر هذه الدفوع ، ويستوى أن يذكر دفعاً قبل آخر ، وانما يتعين أن يبديها جميعاً معاً فى المذكرة . واذا حضر الخصم وجب عليه أن يبدى سائر هذه الدفوع معاً أثناء كلامه . ويستوى — بطبيعة الحال — أن يقدم دفعاً على آخر أثناء كلامه ، وانما يتعين أن يبديها جميعاً معاً أثناء الكلام . فمتى انتهى منه ، لا يملك بعدئذ ابداء دفع لم يكن قد أدلى به أثناء مرافعته الأولى [2] .

---

[1] راجع المادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى معدلة بقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥

[2] أنظر الطبعة الثانية من كتاب نظرية الدفوع فى قانون المرافعات رقم ١٣٨

واذا تعددت أوجه البطلان فى ورقة واحدة تمسك الخصم ببطلانها فى الميعاد معتداً بوجه واحد فقط ، فانه يملك ، مع ذلك ، ابداء ما يعن له من وجوه البطلان بعدئذ ، لأن كل ما يتطلبه المشروع فى المادة ١٣٥ أن يبدى الخصم سائر الدفوع الشكلية معاً . أما أسباب التمسك بها ووجوهها فلم يتطلب المشروع ابداءها معاً وقبل التكلم فى الموضوع .

وهذا على خلاف المادة ١٤١ من القانون القائم التى توجب ابداء جميع وجوه البطلان فى الورقة معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها (١) .

واذا عن لخصم التمسك ببطلان أكثر من ورقة أو اجراء فمن الواجب التمسك ببطلانها معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها عملا بالمادة ١٣٥ من المشروع .

أما اذا نشأ سبب البطلان بعد قيام الدعوى وبعد التكلم فى موضوعها فمن الجائز بطبيعة الحال التمسك بالبطلان بعدئذ فى أول جلسة تحل — بشرط أن يكون ذلك قبل التكلم فى الموضوع ، أو فى أول مذكرة يقدمها المتمسك بالبطلان بعد قيام السبب الموجب له .

٣٥ — الدفع بعدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى لا يتصل بالنظام العام :

لم توجب المادة ١٣٥/ ٢ من المشروع على المحكمة الحكم من تلقاء بعدم اختصاصها بسبب قيمة الدعوى فى حين أوجبت عليها الحكم به بسبب عدم اختصاصها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة أو بسبب نوع الدعوى .

وقالت المذكرة التفسيرية (فى صدرها) «ولئن كان التشريع القائم يعتبر الاختصاص النوعى سواء من حيث القيمة أو النوع من النظام العام الا أن المشروع رأى العدول عن ذلك بالنسبة للاختصاص بحسب قيمة

---

(١) أنظر فى التعريف بسبب البطلان ووجهه — المرفعات الطبعة الخامسة — الحاشية رقم ١ ص ٢٩٧ وقارن رسالة الدكتور فتحى والى فى نظرية البطلان فى قانون المرافعات رقم ٣٠٤

الدعوى اذ أن تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام ينزع عن القاضى الدعوى حتى ولو كانت قد تهيأت للحكم فى موضوعها» .

وقالت المذكرة أيضاً بصدد النص المتقدم : « كما أن المشروع لم يجعل قواعد الاختصاص بحسب قيمة الدعوى من النظام العام للأسباب السابق بيانها فى صدر هذه المذكرة ومن ثم يتعين على الخصم التمسك قبل التكلم فى الموضوع بمخالفة خصمه لقواعد تقدير الدعوى حتى يصل الى التمسك بعدم الاختصاص القيمى . أما الاختصاص النوعى بحسب نوع القضية فقد بقى من النظام العام لأنه يمس النظام القضائى (الفقرة الثانية من المادة ١٣٥ من المشروع) ولذلك يتعين على القاضى المستعجل مثلا أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه بنظر طلبات موضوعية » .

ومما تقدم تتضح أهمية التفرقة بين عدم الاختصاص بسبب قيمة الدعوى وعدمه بسبب نوعها ، فالأول لا يتصل بالنظام العام فيأخذ حكم سائر الدفوع الشكلية التى لا تتصل بالنظام العام والتى يتعين أن تبدى جميعها معاً قبل التكلم فى الموضوع ، فى حين أن الثانى يجوز أن يبدى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ويتعين على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها .

والاختصاص المتعلق بقيمة الدعوى يتحدد بداهة بالاعتداد بقيمة الدعوى وحدها فى حين أن الاختصاص المتعلق بنوعها يتحدد بالاعتداد بهذا النوع [1] أو به وبقيمة الدعوى معاً .

ومتى اعتبرت قواعد الاختصاص القيمى غير متصلة بالنظام العام فان القاضى لا يملك من تلقاء نفسه الاعتداد بقواعد تقدير قيمة الدعوى

---

(١) يلاحظ أن من بين قواعد الاختصاص النوعى مالا يتعلق فى الواقع بتحديد اختصاص محاكم الدرجة الأولى (بحسب قيمة الدعوى أو نوعها) .وانما يتعلق بوظائف محاكم الدرجة الثانية أو محكمة النقض . وهذه القواعد تتصل بالنظام العام مالم ينص القانون على ما يخالف ذلك . ومثال هذه القواعد المتصلة بالنظام العام تلك التى توجب استئناف احكام المحاكم الجزئية أمام المحاكم الابتدائية (بهيئة استئنافية) لا محاكم الاستئناف .

التى وردت فى التشريع ، والمدعى عليه لا يملك المنازعة فى قيمة الدعوى ليصل الى التمسك بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً قيمياً الا اذا كان هذا قبل التكلم فى الموضوع ما لم يكن قد تمسك قبل التكلم فى الموضوع بعدم اختصاص المحكمة بسبب قيمة الدعوى. واذا قصر المدعى عليه تمسكه قبل التكلم فى الموضوع على عدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً فانه لا يملك بعدئذ التمسك بعدم اختصاصها القيمى. واذا تمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة دون أن يحدد سبب ذلك فانه يملك بعد التكلم فى الموضوع اثارة عدم اختصاصها لأى سبب من الأسباب ، على ماتقدمت دراسته .

٣٦ — الدفع بعدم قبول استئناف الحكم بسبب صدوره فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة من النظام العام :

من القواعد الأساسية فى التشريع القائم (١) وفى المشروع أن قصر التقاضى على درجة واحدة فى الأحوال التى يمنع القانون فيها استئناف الحكم — لسبب يتصل بنوع القضية أو قيمتها — هو أمر يتصل بالنظام العام . ومن ثم يجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول الاستئناف اذا كان القانون يمنع هذا الطعن لسبب يتصل بنوع الدعوى أو قيمتها ، كما يملك الخصوم والنيابة العامة التمسك بعدم قبول هذا الاستئناف فى أية حالة تكون عليها الاجراءات .

٣٧ — الدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الثانية لرفع الدعوى اليها ابتداء لا يتصل بالنظام العام :

من أهم ما استحدثه مشروع قانون المرافعات الموحد أنه أجاز الاتفاق على رفع الدعوى ابتداء أمام محكمة الدرجة الثانية سواء أتم هذا الاتفاق

---

(١) محمد حامد فهمى — المرافعات ٦٨٨ وجارسونيه ٦ رقم ٥ وأبو هيف رقم ١٢٢٧ وما يليه ومرجع القضاء رقم ٨٦٧٤ — ٨٦٨٠ وأنظر ما قلناه فى الفترة رقم ١٤ من هذا المقال فى العدد السابق من هذه المجلة .

أثناء التعاقد أم أثناء نظر الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى (١) (ولو كان ذلك بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى) . وانما اذا رفع الخصم دعواه ابتداء أمام محكمة الدرجة الثانية – دون الاستناد الى اتفاق سابق – جاز للمدعى عليه التمسك بعدم اختصاصها . وتوجب المادة ١٣٥ /١ من المشروع ابداء هذا الدفع قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء به . ولا تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، كما لا تملك النيابة العامة التمسك به اذا كانت مجرد طرف منضم فى الدعوى – أى اذا كانت تعمل بطريق ابداء الرأى فقط .

٣٨ – الدفع بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى لسبق الاتفاق على رفعها مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية :

يدق الأمر اذا اتفق الخصوم على رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الدرجة الثانية ومع ذلك رفعها أحدهم الى محكمة الدرجة الأولى ، .هل يجوز – فى هذه الحالة – للمدعى عليه التمسك بعدم الاختصاص فى أية حالة تكون عليها الاجراءات على تقدير أن الاتفاق يعتبر قائماً طوال فترة قيام الدعوى أم أن عدم الاختصاص يتعين التمسك به قبل التكلم فى الموضوع على اعتبار أن التكلم فى الموضوع يعتبر من جانب المدعى عليه – رضاء ضمنياً باختصاص المحكمة وبالنزول عن الاتفاق المتقدم . نحن نرى صحة الرأى الأخير لأن المدعى برفعه الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى دون محكمة الدرجة الثانية يكون قد نزل عن الاتفاق المتقدم ، ولأن التكلم فى الموضوع من جانب خصمه هو نزول أيضاً عن هذا الاتفاق ، ولأن الأمر المتقدم لا يتصل بالنظام العام مما يجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الاجراءات.

---

(١) تنص المادة ٥٦ من المشروع على جواز الاتفاق على رفع الدعوى الى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بشرط ألا تقل قيمتها على ثلاثمائة جنيه ولاتجاوز خمسمائة . كما تجيز الاتفاق على رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الاستئناف بشرط ألا تقل قيمتها على الف جنيه ويكون الحكم الصادر فى الحالتين السابقتين انتهائياً .

ويعد هذا النص استثناء من القواعد المتعلقة بوظائف محاكم الدرجة الثانية . وسوف ندرسه عند بحث الاستئناف فى المشروع .

ويراعى وجوب التمسك بالدفع المتقدم مع سائر الدفوع الشكلية الأخرى قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها .

وغنى عن البيان أن الاتفاق على رفع الدعوى مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية لا يلزم غير أطرافه ، فاذا عن لطرف منهم أن يرفع الدعوى على غيرهم وجبت مراعاة القواعد العامة فى رفع الدعاوى بالنسبة الى هؤلاء الأخرين . ويدق الأمر اذا كان بين الدعوين رباط لا يقبل بأى حال من الأحوال – التجزئة . نرى فى هذه الحالة تغليب القاعدة العامة واهدار اتفاق الخصوم فترفع الدعوى بشقيها أمام محكمة الدرجة الأولى .

٣٩ – الاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص ومدى الزام المحكمة المحالة اليها الدعوى بها :

تنص المادة ١٣٦ من المشروع على أنه :

١ – على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها على المحكمة المختصة . ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات أو مائة ليرة تمنح كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض مع عدم الاخلال بما يحق له أن يطالب به أكثر من هذا عملا بالقواعد العامة .

٢ – واذا كانت الاحالة من محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية الى محكمة جزئية فان المحكمة الجزئية تلتزم بهذه الاحالة ،كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة استئناف الى محكمة ابتدائية .

٣ – واذا كانت الاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف فان محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية تملك اعادتها الى المحكمة الجزئية اذا رأت عدم اختصاصها بنظرها . كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة ابتدائية الى محكمة استئناف . وعندئذ تلتزم المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بهذه الاحالة .

وجاء مايلى ، عن المادة المتقدمة ، فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات « أوجب المشروع على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها على المحكمة المختصة فاذا كانت الاحالة من محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية الى محكمة جزئية فان المحكمة الجزئية تلتزم بهذه الاحالة ، كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة استئناف الى محكمة ابتدائية . أما ااذا كانت الاحالة من محكمة جزئيةالى محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف فان محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية تملك اعادتها الى المحكمة الجزئية اذا رأت عدم اختصاصها بنظرها ، كذلك اذا كانت الاحالة من محكمة ابتدائية الى محكمة استئناف . وعندئذ تلتزم المحكمة الجزئية أو الابتدائية بهذه الاحالة . وبهذا عالج المشروع حيرة الدعوى بسبب التنازع على الاختصاص » .

وأصل المادة المتقدمة هو المادة ١٣٥ من القانون القائم . ويلاحظ أن النص المستحدث يفترق عن النص القائم فيما يلى :

١ — انه جعل الاحالة — بعد الحكم بعدم الاختصاص — اجبارية فى حين أن النص القائم يجعلها جوازية ، وذلك بقصد اختصار الاجراءات وتبسيطها .

ومن ثم تلتزم المحكمة — بعد الحكم بعدم اختصاصها — باحالة الدعوى الى المحكمة التى تراها مختصة بنظرها ، سواء أكان عدم الاختصاص ناتجاً عن رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً أو نوعياً بسبب قيمة الدعوى أو نوعها أم كان عدم الاختصاص ناتجاً عن رفع الدعوى ابتداء الى محكمة الدرجة الثانية دون الاستناد الى اتفاق سابق أم كان ناتجاً عن رفع الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى رغم سبق الاتفاق على رفعها مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية .

أما اذا كان عدم الاختصاص ناتجاً عن خروج النزاع عن ولاية الجهة القضائية التابعة لها المحكمة فان المحكمة لاتملك بطبيعة الحال الاحالة عملا بالقواعد

الأساسية فى المرافعات ولأن كل جهة قضائية تستقل عن الأخرى وتختلف فى اجراءاتها عن الاجراءات المتبعة أمام الجهة الأخرى [1] .

٢ - انه ينص صراحة على جواز الحكم للمدعى عليه - على سبيل التعويض - بأكثر من العشرة جنيهات المقررة فى المادة ، وبذا حسم النص المستحدث الخلاف فى صدد ما اذا كانت المحكمة تملك الحكم بأكثر من المبلغ المتقدم على سبيل التعويض أم أنها يتعين عليها أن تلتزم حدوده .والواقع أن المشرع لم يشأ أن يحصر التعويض فى نطاق ذلك المبلغ وانما ترك الأمر فى صدده للقواعد العامة عندما يعن للمحكمة أن تقضى بأكثر منه تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية .

٣ - أنه - أى النص المستحدث - تفادى الوضع الشاذ الناشىء عن احتمال الحكم بعدم اختصاص المحكمة المحال اليها الدعوى ، فيصبح المدعى فى حيرة من أمره بسبب صدور الحكم بعدم الاختصاص من المحكمة التى رفع اليها الدعوى أصلا ومن المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى بعدئذ[2] .

ومن ثم اذا قضت المحكمة - أيا كان نوعها - بعدم اختصاصها بنظر الدعوى من تلقاء نفسها أو بناء على تمسك المدعى عليه بحسب الأحوال وجبت عليها احالتها الى المحكمة التى تراها مختصة بنظرها - وذلك من تلقاء نفسها - فاذا كانت المحكمة التى أمرت بالاحالة أعلى درجة من تملك التى أحيلت اليها الدعوى فان الاحالة تفرض عليها ولا تملك بعدئذ النظر فى أمر اختصاصها ما لم ينشأ سبب آخر للتمسك بعدم الاختصاص ويكون من الجائز التمسك به .

وواضح من النص المتقدم أن الاحالة لا تفرض على المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى اذا كانت أعلى درجة من تلك التى أمرت بالاحالة بشرط

---

(١) كتاب نظرية الدفوع فى قانون المرافعات رقم ٢٣ .

(٢) قارن ما عليه الحال فى القانون القائم - المرافعات - الطبعة الخامسة رقم ١٩٤ والأحكام المشار اليها .

أن يكون عدم اختصاص المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى متعلقاً بالنظام العام أو تمسك به الخصم أمامها قبل التكلم فى الموضوع ويكون للمحكمة أن تعيد الدعوى الى المحكمة التى أمرت بالاحالة وعندئذ تلتزم هذه المحكمة بالفصل فى الدعوى .

وواضح من المادة ١٣٦ فى فقرتيها الأخرتين أنها لا تطبق الا فى أحوال عدم الاختصاص النوعى أو القيمى أو عندما ترفع الدعوى ابتداء الى محكمة الدرجة الثانية دون الاستناد الى اتفاق سابق يخول ذلك أو عندما ترفع الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى رغم سبق الاتفاق على رفعها مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية . أما اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها اختصاصاً محلياً وأحالت الدعوى الى المحكمة التى تراها مختصة بنظرها فان الاحالة لا تفرض على هذه المحكمة الأخيرة لأن القضاء لا يسلط على قضاء آخر الا اذا كان الأول أعلى درجة منه . واذن لا تجدى المادة ١٣٦ (فى فقرتيها الأخيرتين) فى أحوال عدم الاختصاص المحلى .

وانما يلاحظ أنه قلماً ينشأ الوضع الشاذ الناتج عن احتمال الحكم بعدم الاختصاص المحلى من جانب المحكمة المحال اليها الدعوى لأن المحكمة التى تقضى بعدم اختصاصها محلياً لا تحيل الدعوى الا بعد التحقق من العناصر التى تؤكد اختصاص المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها وهى فى العادة مجرد عناصر مادية بحتة . ومع ذلك اذا تحقق الفرض المتقدم — وقضت كل من المحكمتين بعدم اختصاصها بنظر الدعوى اختصاصاً محلياً جاز للخصم الطعن فى الحكمين الصادرين من المحكمة بطريق الاستئناف أو النقض — بحسب الأحوال — عملا بالمادتين ٣٨٥ أو ٤١٦ من المشروع (المادتان ٣٩٧ و ٤٢٦ من القانون القائم) .

وجدير بالاشارة أنه — كقاعدة عامة — متى قضت المحكمة أيا كان نوعها بعدم اختصاصها — أيا كان سبب عدم الاختصاص — وقضت باحالة الدعوى الى المحكمة التى رأتها مختصة بنظرها — أيا كان نوعها —

وفوت الخصم على نفسه ميعاد الطعن فى الحكم الصادر بعدم الاختصاص وبالاحالة فانه لا يملك من جديد اثاره هذا الموضوع أمام المحكمة المحالة اليها الدعوى [1] ما لم يكن عدم اختصاص المحكمة المحالة اليها الدعوى من النظام العام [2] وكانت أعلى درجة من تلك التى أحالت اليها الدعوى ــ على النحو المتقدمة دراسته .

فاذا رفعت مثلا دعوى الى محكمة ما وتمسك المدعى عليه بعدم اختصاصها اختصاصاً محلياً وتمسك باختصاص محكمة (س) ثم عارض المدعى وتمسك باختصاص ذات المحكمة المرفوعة اليها الدعوى وبصفة احتياطية باختصاص محكمة (ص) فقضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وباحالتها الى محكمة (ص) ، كان للمدعى عليه التمسك قبل التكلم فى الموضوع بعدم اختصاص محكمة (ص) التى أحيلت اليها الدعوى بشرط الا يكون قد أسقط حقه فى الطعن فى الحكم الصادر باحالة الدعوى اليها .

أما اذا رفعت دعوى الى محكمة جزئية وقضت هذه بعدم اختصاصها بنظرها وباحالتها الى المحكمة الابتدائية ، ورأت المحكمة الابتدائية أنها غير مختصة بنظرها لسبب يتصل بنوعها وهذا أمر يتعلق بالنظام العام فانها تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم اختصاصها وعليها احالة الدعوى الى المحكمة الجزئية ، ولو لم يتمسك أحد الخصوم بعدم اختصاصها بل ولو فوت هؤلاء على أنفسهم ميعاد الطعن فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص وبالاحالة [3] .

---

(1) راجع حكم النقض المشار اليه فى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٢٨٦ (نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة ٦ ص ٧٨٩ ونقض ٢٢ مارس ٥٦ السنة ٧ ص ٣٨٢) .

(2) قارن حكم النقض الأخير .

(3) اتجه رأى فى ظل القانون القائم الى القول بأن الحكم بعدم الاختصاص وبالاحالة يفرض على المحكمة المحالة اليها الدعوى على تقدير أنه انما يشتمل فضلا عن القضاء بعدم الاختصاص القضاء باختصاص المحكمة المحالة اليها الدعوى ، والمادة ١٣٥ تنص على أن المحكمة المرفوعة اليها الدعوى انما تحيلها الى " المحكمة المختصة " . رمزى سيف طبعة سنة ١٩٥٧ =

٤٠ — احالة الدعوى الى محكمة أخرى بناء على اتفاق طرفيها :

تنص المادة ١٣٧ من المشروع على أنه اذا اتفق الخصوم على التداعى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة اليها الدعوى أمرت هذه المحكمة باحالة الدعوى الى المحكمة التى اتفقوا عليها بشرط أن تكونُ مختصة بنظرها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة وبنوع الدعوى .

= رقم ٣٤٣ ص ٣٣١ الحاشية . وانتقد المرجع المتقدم رأينا بأن حكم الاحالة لايقيد المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى . ويلاحظ أننا قلنا إن الحكم بالاحالة لاتتقيد به المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى بل يكون لها أن تحكم هى أيضا بعدم اختصاصها اذا كان عدم اختصاصها مما لايؤثر فيه قبول المدعى عليه (المرافعات الطبعة الرابعة ص٢٢١ والطبعة الخامسة ص ٢٨٥) .

ومازلنا نؤكد أن المحكمة المحالة اليها الدعوى — فى ظل القانون القائم — لاتتقيد بهذه الاحالة اذا رأت نفسها غير مختصة وكان عدم اختصاصها متعلقا بالنظام العام . بل هى تملك الحكم بعدم اختصاصها ولو لم يكن عدم اختصاصها متعلقا بالنظام العام متى تمسك به خصم فى الدعوى قبل التكلم فى الموضوع ولم يكن قد أسقط حقه فى الطعن على الحكم الصادر بالاحالة . ولايتصور أن يفرض حكم الاحالة على المحكمة المحالة اليها الدعوى عملا بالمادة ١٣٥ من القانون القائم لأن هذه المادة قد أجازت الاحالة لتوفير الوقت والجهد ولم تقصد أن محكمة جزئية تحدد اختصاص المحكمة الابتدائية مثلا أو أن محكمة ابتدائية تحدد اختصاص محكمة ابتدائية أخرى . وعبارة الاحالة الى " المحكمة المختصة " الواردة فى صلب المادة انما يقصد بها الاحالة الى المحكمة التى تكون مختصة بالفعل وبحسب نصوص القانون .

واذن صفوة القول أن محكمة ما اذا أحالت دعوى الى محكمة أخرى فان هذه المحكمة الأخيرة لاتفرض عليها الاحالة ولايجوز الحكم بها حجية الشىء المحكوم به أمامها . وانما هى تملك بحث أمر عدم اختصاصها من تلقاء نفسها اذا كان متعلقا بالنظام العام ، كما تملك ذلك بناء على تمسك أى خصم فى الدعوى بشرط ألا يكون قد أسقط حقه فى التمسك بعدم الاختصاص وألا يكون قد أسقط حقه فى الطعن فى الحكم الصادر بالاحالة والا اعتبر قابلا لها (راجع نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة ٦ ص ٧٨٩) . ومحكمة النقض فى حكمها المتقدم أجازت للمحكمة الابتدائية بعد احالة الدعوى اليها من دائرة المساكن (باعتبار أن النزاع خاضع لأحكام القانون العام ولا ينطبق عليه القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧) — أجازت لها النظر فى أمر اختصاصها النوعى واحالة الدعوى من جديد الى محكمة المواد الجزئية .

والمبادىء المتقدمة تؤكدها القواعد العامة ، كما تؤكدها ذات نصوص القانون . فالمادة ١٣٧ من القانون القائم (م ١٣٨ من المشروع) تنص على أنه اذا دفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام نفس النزاع أمامها كان على المحكمة أن تحيل هذا الدفع بميعاد قريب الى المحكمة التى رفع اليها النزاع أولا لحكم فى هذا الدفع على وجه السرعة . وقد قصد بهذا النص =

وجاء فى المذكرة التفسيرية للمشروع ما يلى بصددها « كما نص المشروع فى المادة ١٣٧ منه على أن احالة الدعوى الى المحكمة التى اتفق عليها الخصوم مشروطة بأن تكون هذه المحكمة مختصة بنظرها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة وبنوع الدعوى » .

وأصل هذه المادة هو المادة ١٣٦ من القانون القائم . ولقد أضاف النص المستحدث الشرط المتقدم لتوفير الوقت والجهد ، وحتى لا تحال الدعوى الى المحكمة التى اتفق الخصوم عليها ثم تقضى هذه بعدئذ بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

واذن يتعين على المحكمة قبل الاحالة أن تتحقق من اختصاص المحكمة المراد احالة الدعوى اليها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة واختصاصاً نوعياً ،

تجنب وقوع الخلاف بين المحكمتين حول اختصاص المحكمة الأولى بنظرها لأنه اذا ترك الحكم فى الدفع بالاحالة للمحكمة الثانية فقد تقضى بالاحالة ، ثم ترى المحكمة الأولى نفسها غير مختصة اختصاصاً نوعياً بنظرها فتحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص . وهذا يقطع فى الدلالة على أن المحكمة التى تحال اليها الدعوى لاتلتزم بها والا ماكان المشرع فى حاجة الى وضع النص المتقدم (راجع محمد حامد فهمى رقم ٤٥٠ وموريل رقم ٤٣٢ وجلاسون ١ رقم ٢٧٤) .

واذن ، اذا سلمنا بأن المحكمة لاتفرض عليها دعوى لمجرد احالتها اليها من محكمة أخرى بل هى تلتزم – من تلقاء نفسها وبحكم القانون – التحقق من اختصاصها المتصل بالنظام العام ، واذا أدركنا أن الاحالة لاتتم فى جميع الأحوال الى محكمة يرتضيها الخصوم مقدما – كما هو واضح من الأمثلة الواردة فى المتن – يكون الرأى الصحيح فى التشريع أن الحكم باحالة الدعوى الى محكمة ما لايثبت الولاية للمحكمة المحالة اليها الدعوى ولايقيدها (قارن رمزى سيف المرجع المتقدم) مالم ينص القانون على مايخالف ذلك (كماهو الحال بالنسبة الى المشروع) .

ومتى سلمنا بأن الحكم باحالة الدعوى الى محكمة مالايثبت الولاية للمحكمة المحالة اليها الدعوى ولايقيدها يكون لهذه المحكمة النظر فى أمر عدم اختصاصها المتصل بالنظام العام ولو لم يطعن الخصوم فى حكم الاحالة بل ولو صدر برضائهم ، لأن هذا الرضاء لايؤثر فيما يتعين على المحكمة مراعاته واحترامه من القواعد المتصلة بالنظام العام ولأن الحكم بالاحالة لا يحوز أية حجية بالنسبة الى هذه المحكمة . (ومع ذلك قارن نقض ٢٢ مارس ٥٦ السنة ٧ ص ٣٨٢ ونقض ١٢ فبراير ١٩٥٩ السنة ١٠ عدد ١ ص ١٣٤) .

لأن هذا وذاك من النظام العام ، ولأن الأصل فى التشريع أن المحكمة تثبت ما اتفق عليه الخصوم بشرط الا يتعارض مع النظام العام (١) .

أما قواعد الاختصاص القيمى فهى لا تتصل بالنظام العام فى المشروع كما قدمنا ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

وجدير بالذكر أن الاحالة المتقدمة لا تقيد المحكمة المحالة اليها الدعوى فهى تملك التحقق من تلقاء نفسها من اختصاصها المتصل بالنظام العام . فاذا رأت عدم اختصاصها وجب عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها (٢) .

٤١ـ بطلان أوراق التكليف بالحضور الذى يزول بالحضور أو بتقديم المذكرة :

تنص المادة ١٤٠ من المشروع على أن بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه أو بتقديمه مذكرة بدفاعه . وتقول المذكرة التفسيرية بصددها « نص المشروع فى المادة ١٤٠ منه على أن تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه يعد بمثابة حضور ومن ثم يزيل بطلان ورقة التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الاعلان أو فى بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة .

وأصل هذه المادة هو المادة ١٤٠ من القانون القائم .

والنص المستحدث استبعد العيب الناشىء عن عدم مراعاة مواعيد التكليف بالحضور لأن المشروع لم يرتب البطلان جزاء عدم مراعاة مواعيد الحضور (٣) . كما أن النص المستحدث قرر أن تقديم مذكرة المعلن اليه

---

(١) كتاب نظرية الأحكام فى قانون المرافعات الفقرة رقم ٢٨ - والاتفاق المتقدم جائز فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو بعد قفل باب المرافعه فى الدعوى (راجع رقم ٣٤ من كتاب نظرية الأحكام فى قانون المرافعات) .

(٢) على ما تقدمت دراسته فى الفقرة المتقدمة .

(٣) راجع الفقرة رقم ٢١ من هذا المقال

بدفاعه يسقط الحق فى التمسك بالبطلان المتقدم ولو تمسك فيها بالبطلان اذ يكون شأنه شأن من يحضر ويتمسك بالبطلان فيسقط حقه فى التمسك به على الفور وبمجرد حضوره .

ويشترط لأعمال النص المتقدم :

١ ـ أن يكون البطلان متصلا بورقة من أوراق التكليف بالحضور فمثلا عريضة الدعوى فى المشروع لا تعتبر من أوراق التكليف بالحضور ومن ثم لا يسرى نص المادة ١٤٠ بصددها .

٢ ـ أن يكون البطلان المتصل بورقة التكليف بالحضور بسبب عيب فى الاعلان أو بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة (١) .

٣ ـ أن يحضر المعلن اليه أو محاميه الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو أن يقدم هذا أو ذاك مذكرة بدفاعه .

٤ ـ أن يكون الحضور أو تقديم المذكرة بناء على الاعلان الباطل .

٤٢ ـ للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بادخال من كان مسئولا عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم :

نعلم أن قانون المرافعات المصرى الصادر فى سنة ١٩٤٩ قد أجاز للمحكمة فى أحوال معينة أن تأمر من تلقاء نفسها بادخال من لم يكن طرفاً فى خصومة ما وذلك بقصد رد الدعوى الى الوضع الطبيعى الذى كان يجب أن تعرض به لولا غش الخصوم أو اهمالهم . وتحقيقاً لذات وجهة النظر المتقدمة أضاف المشروع الى تلك الأحوال حالة مستحدثة قررتها الفقرة الثانية من المادة ١٤٣ من المشروع ؛ فقد أجازت للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من كان مسئولا عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم . وقالت المذكرة التفسيرية بصددها « أضاف المشروع الى حالات اختصام الغير بناء على أمر المحكمة فى الفقرة ب من المادة ١٤٣ منه ـ نصاً مستحدثاً يخول لها أن تدخل

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى المدونه ٢ وفى نظرية الدفوع الطبعة الثانية ، والأحكام العديدة المشار اليها فيهما .

من تلقاء نفسها المسئول عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم – باعتبار أنه كان يصح اختصامه ممن له مصلحة فى ذلك – مراعاة لحسن سير العدالة واستجلاء لوقائع الدعوى من جهة ، وتفادياً للأثر النسبي لحجية الأحكام من جهة أخرى . ومثال ذلك أن تدخل المحكمة شركة التأمين المسئولة عن الحق فى الدعوى . أى تدخلها فى الدعوى المرفوعة من الغير على المؤمن عليه فيحسم الخلاف برفعه بدلا من حسمه بصورة جزئية ثم ترفع الدعوى من جديد من جانب المؤمن عليه على شركة التأمين (١) .

٤٣ – وجوب تقديم الطلبات العارضة قبل قفل باب المرافعة :

أوجبت المادة ١٤٩ من المشروع ابداء الطلبات العارضة قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى الا كانت غير مقبولة . وتقول المذكرة التفسيرية فى هذا الصدد « وتمشياً مع أهداف المشروع بصدد تيسير الاجراءات ومنع تعطيل الدعاوى أوجب المشروع فى المادة ١٤٩ منه تقديم الطلبات العارضة من الخصوم قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى أما اذا أعيدت القضية للمرافعة من جديد عاد لكل ذى شأن الحق فى ابداء الطلبات العارضة » .

٤٤ – اجراءات الاثبات :

تجمع قوانين المرافعات – فى بعض الدول الأوروبية – بين قواعد الاثبات الموضوعية وبين اجراءات الاثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الاجراءات فى هذا الشأن . وبعض التشريعات تفرد قانوناً مستقلا للاثبات .

وفيما يلى ما قالته المذكرة التفسيرية للمشروع فى هذا الصدد :

" ولما كانت قواعد الاثبات يتنازعها مكانان ؛ مكان فى التقنين المدنى وآخر فى تقنين المرافعات ، لما لهذه القواعد من ناحيتين ناحية

---

(١) الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ١٧٦ م .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى كتاب نظرية الأحكام رقم ٣٤ وفى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ١٦٢ الحاشيه ورقم ١٦٢ م .

موضوعية هى التى تحدد طرق الاثبات المختلفة وقيمة كل طريق منها ومن الذى يقع عليه عبء الاثبات ، وناحية شكلية هى التى تحدد ما يتبع من الاجراءات فى تقديم طرق الاثبات ، وكان يبين من استظهار تبويب التقنينات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ان الاثبات لاينزل منها مكاناً واحداً فبعض هذه التقنينات يفرد لها مكاناً فى تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية) وبعض منها يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) وبعض آخر يضمن أحكامها تشريعاً مستقلا (مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية) ، وكانت قواعد الاثبات الموضوعية لصيقة الصلة باجراءات الاثبات فأخلق بهما والحال هذه أن يحلا معاً صعيد تقنين خاص يفرد لهما — وهو ما نحا اليه التشريع السورى فيما أسماه بقانون البينات ، فان المشروع قد اتجه الى رفع النصوص الخاصة باجراءات الاثبات من قانون المرافعات المصرى تاركاً أياها لتحل وقواعد الاثبات الموضوعية معاً فى تقنين خاص " .

وكان من رأينا ابقاء الأمر على ما هو عليه فى القانون المصرى ، فتظل النصوص الموضوعية فى القانون المدنى ، وتظل النصوص الاجرائية فى قانون المرافعات ، وذلك لأن قواعد الاثبات شأنها شأن سائر القواعد والقوانين الأخرى لها ناحية موضوعية ولها ناحية اجرائية شكلية ، والطبيعى أن تدرج النصوص الاجرائية فى قانون المرافعات والأخرى فى القانون المدنى . فمثلا ما اتصل بالرهن الرسمى من نصوص موضوعية يعنى به القانون المدنى وما اتصل بنزع الملكية وبالتنفيذ على العقار المرهون يعنى به قانون المرافعات ، وهكذا . ثم من أهم مراحل التقاضى هو مرحلة اثبات الدعوى ومن أهم ما يعنى به قانون المرافعات هو رسم اجراءات اثباتها ، فليس من الطبيعى أن يصدر قانون للمرافعات خالياً من رسم تلك الاجراءات .

وإذا كان الرأى استقر على جمع القواعد الموضوعية للاثبات مع قواعده الاجرائية فى صعيد واحد فكان الأولى أن يكون ذلك فى صلب قانون المرافعات . ولقد كان قانون المرافعات الأهلى يتضمن الكثير من النصوص الموضوعية للاثبات ، ورفعت عنه فى سنة ١٩٤٩

وعلى الرغم من فصل قواعد الاثبات الاجرائية عن قانون المرافعات الا أن ذات اللجنة التى وضعت مشروعه وضعت أيضاً مشروعاً للقواعد الاجرائية فى الاثبات ، وهذا يؤكد أن تلك القواعد من صلب القانون الاجرائى .

٤٥ــ الغاء جزاء البطلان عند مد ميعاد التحقيق أكثر من مرة أو عند سماع شهود بعد انقضاء الميعاد :

تقول المذكرة التفسيرية للمشروع « لما كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٥ من قانون المرافعات المصرى لا تجيز » للمحكمة ولا للقاضى المنتدب للتحقيق مد ميعاده أكثر من مرة ، وكانت المادة ١٩٦ منه لا تجيز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم ، وكانت هذه المواد ترتب البطلان جزاء مخالفتها ، فقد اتجه المشروع رفعاً لهذا الحرج الى الغاء هذه النصوص لأن خير ضابط فى هذا الصدد هو حسن تقدير القاضى الذى يجب أن تفترض فيه الثقة الكاملة هذا فضلاً عن أن جزاء البطلان المقرر فى هاتين المادتين هو جزاء قاس مما جعل بعض المحاكم تتحرج فى الحكم به (م ١٩٤ من المشروع) .

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٧٢٠ وما يليها ؛ والطبعة الثانية من كتاب نظرية الدفوع رقم ٣٣٢ م ، وماقاله الدكتور فتحى والى فى رسالته رقم ١٥٩ ورقم ١٨٩ ومايليه وما قاله الأستاذ محمد العشماوى والدكتور عبد الوهاب العشماوى ٢ ص ٥٥ — وأنظر فى الرد على المراجعين المتقدمين الحاشية برقم ٣٤٣ من الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات .

٤٦ــ جواز اخراج من ترى المحكمة اخراجه من الخصوم أثناء تأدية شهادة الشهود :

رأى المشروع أن يرفع الحرج عن الشهود فاستحدث نصاً أجاز فيه للمحكمة أن تأمر باخراج من ترى اخراجه من الخصوم أثناء تأدية شهادة الشهود على أن تتلى عليه بعدئذ (م ٢/٢٠٧ من المشروع) .

٤٧ــ المحكمة المختصة بنظر المعارضة فى تقدير أتعاب الخبير :

نص المشروع صراحة فى المادة ٢٤٨ منه على أن المحكمة المختصة بنظر المعارضة فى تقدير أتعاب الخبير هى المحكمة التى ندبته ابتدائية كانت أم جزئية .

٤٨ــ سحب المستندات من ملف الدعوى :

أضاف المشروع حكماً مستحدثاً الى نص المادة ٢٥٨ من قانون المرافعات المصرى أورده فى المادة ٢٥٥ منه ــ استقاه من المادة ٢٤ من قانون البينات السورى ــ لمنع تعطيل سير الدعوى بسحب مستنداتها ــ يوجب عند اذن القاضى لأحد الخصوم بسحب مستنداته حفظ صورة منها فى ملف الدعوى بعد التأشير عليها فى قلم الكتاب بمطابقتها للأصل .

٤٩ــ فى انكار الخط أو الامضاء :

تنص المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات المصرى القائم على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه تحكم المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، وتجوز المعارضة فى هذا الحكم فى جميع الأحوال . وقد ألغى المشروع العبارة الأخيرة من هذه المادة نظراً لالغاء الطعن بالمعارضة فى الأحكام الغيابية . ويفترض بداهة حتى تحكم المحكمة فى غيبة المدعى عليه بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ان اعادة اعلانه تكون قد تمت صحيحة عملا بالأصل العام فى المشروع (المذكرة التفسيرية للمشروع)

٤٩٠ – كيفية حساب مدة سقوط الخصومة بعد نقض الحكم واحالة القضية على محكمة الموضوع :

أضافت المادة ٢٩٧ من المشروع فقرة ثانية الى المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى القائم هى وتحسب هذه المدة (أى مدة سقوط الخصومة) فى حالة نقض الحكم من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان الطاعن هو المستأنف أم المستأنف عليه .

وقالت المذكرة التفسيرية بصدده « قد حسم المشروع الخلاف حول طريقة حساب المدة التى تسقط بها الخصومة بعد نقض الحكم واحالة القضية على محكمة الموضوع فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ منه على أن مدة السقوط فى هذه الحالة تحسب من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان الطاعن هو المستأنف أم المستأنف عليه » .

والموضوع المتقدم مثار خلاف كبير فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى[١].

ولقد رأى المشروع أن مدة اسقاط الخصومة – فى حالة نقض الحكم – تبدأ من تاريخ صدور حكم النقض سواء أكان المكلف بالسير فى الخصومة بعدئذ هو المستأنف أم المستأنف عليه ، وذلك لأنه من تاريخ صدور الحكم

---

(١) راجع ماقلناه فى كتاب نظرية الدفوع رقم ١٨١ تأييدا للرأى المتقدم المراجع المشار اليها وأنظر الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٦٧٠ الحاشية .

وراجع نقض ٧ فبراير ١٩٥٧ السنة ٨ ص ١٣٢ وما قالته محكمة النقض فى هذا الصدد .

انه اذا كان حكم النقض قد صدر لمصلحة المسأنف فى الحكم المنقوض فيجب عليه إذا أراد متابعة السير فى الخصومة أمام محكمة الاحالة أن يعجلها خلال سنة من صدور حكم النقض فإذا أهمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بالسقوط عملا بالمادة ٣٠١ وتبدأ السنة من تاريخ صدور حكم نقض باعتباره آخر إجراء صحيح فى الدعوى . ولا يعد من اجراءات التقاضى فى الخصومة اعلان حكم النقض الموجه لايفاء ماقضى به ذلك الحكم من مصروفات الطعن وأتعاب المحاماه . ولا يصح الاعتداد بالقول بأن تعجيل الدعوى أمام محكمة الاحالة لايتم الا بعد اعلان حكم النقض تأسيسا على أن التعجيل ما هو الا تنفيذا لحكم النقض وأنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الا بعد اعلانها ، وأن مدة السقوط لاتبدأ الا من تاريخ هذا الاعلان ذلك لأن القانون لم يوجب اعلان حكم النقض قبل تعجيل الدعوى أمام محكمة وأن تنفيذ الأحكام الذى يوجب القانون أن يسبقه اعلانها فى حكم المادة ٤٦٠ هو التنفيذ الجبرى .

المتقدم يعتبر هذا أو ذاك عالماً به — وفقاً للنظرية التى أخذ بها المشروع ؛ فقد اعتبر الخصوم على علم بالحكم بمجرد صدوره (م ٣٧٥ من المشروع[١] .

٥٠ — يسرى على انقضاء الخصومة بمضى خمس سنوات ما يسرى على سقوطها من اجراءات وآثار :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٣ من المشروع على أنه يسرى على انقضاء الخصومة ما يسرى على سقوطها من اجراءات وآثار .

« وتقول المذكرة التفسيرية أنه قد قصد بالنص المتقدم حسم الخلاف القائم فى هذا الشأن » .

ذلك لأن البعض قد اتجه الى أن هناك أحكاماً اختص المشرع بها سقوط الخصومة ، فمثل هذه الآثار لا تترتب على انقضاء الخصومة بمضى المدة ، لأن السقوط ينطوى على جزاء يوقع على المدعى بينما الانقضاء قرينه على أن صاحب المصلحة فى الخصومة قد رغب عنها أو تم الصلح بينه وبين خصمه على ما يحقق مصلحتهما . ومن ثم اذا انقضت الخصومة فى الاستئناف ولم يكن الحكم الابتدائى قد أعلن جاز استئنافه على اعتبار أن المادة ٣٠٥ انما تقرر قاعدة استثنائية تتصل بسقوط الخصومة وحده ، كذلك لا يطبق بالنسبة لآثار الانقضاء ما نصت عليه المادة ٣٠٤ أن الحكم بالسقوط لا يسقط الا قرارات الصادرة من الخصوم أو الايمان التى حلفوها ، ولا يمنع الخصوم أن يتمسكوا باجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التى تمت ما لم تكن باطلة فى ذاتها ، وذلك لأن المفروض أن هذه الاجراءات تسقط بسقوط الخصومة ولكن المشرع استثناها بالنص عليها فى حالة السقوط[٢]

---

(١) سوف نشرح هذه المادة عند دراسة قواعد الطعن فى الأحكام فى المشروع .
قارن ماقلناه فى الطبعة الثانية من كتاب نظرية الدفوع رقم ١٨١ — حيث كان الوضع فى القانون القائم أن الخصم لايعتبر على علم بالحكم الا من تاريخ اعلانه به .

(٢) كتاب محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ٢ رقم ٨٩١ — وانظر ماقلناه فى الرد على ماتقدم فى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ٤٢٠ ص ٦٩٨ الحاشية .

ونحن لا نرى علة تبرر القول المتقدم . ونرى أن الانقضاء يسرى عليه ما يسرى على سقوط الخصومة من اجراءات وآثار . وكلاهما ينطوى على أن مدة ما تتناول حقاً معيناً وتؤدى الى زواله وانقضائه . وكل ما هنالك أن انقضاء الخصومة يتناولها عندما لا يتمكن السقوط من ابطالها والغائها . ولهذا جاء نص المادة ٣٠٧ من القانون القائم يقول « فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى خمس سنوات » وجاءت المذكرة التفسيرية توضح عبارة فى جميع الأحوال بمقوله انه قد قصد بها الأحوال التى تكون فيها الخصومة بمنجى من السقوط . واذن كل من سقوط الخصومة وانقضائها بالتقادم يبنى على اعتبارات واحدة ، وغاية الأمر أن الخصومة تسقط بسنة وأنها تنقضى بخمس سنوات عندما تكون فى حماية من السقوط . والأمثلة التى وردت فى المذكرة التفسيرية للقانون فى أحوال انقضاء الخصومة تؤكد وجهة النظر المتقدمة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لا يتصور أن حق المستأنف فى اعادة استئنافه يسقط متى أهمل فى الاستئناف ولم يوال اجراءاته لمدة سنة بينما يبقى حقه فى الاستئناف اذا أهمل ولم يوالى اجراءاته سنوات خمس (هذا بافتراض عدم اعلانه بالحكم الابتدائى) .

ولا يتصور أن تسقط بانقضاء الخصومة بالتقادم الاقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التى حلفوها ، وهذه لايسقطها سقوط الخصومة — ذاته — ولو لم يوجد نص المادة ٣٠٤ — لأن هذا النص انما يقرر فى الواقع قاعدة عامة مقتضاها أن اقرار الخصم لا يسقط الا بما تسقط به الحقوق الموضوعية .

كذلك لا تتصور علة لحرمان الخصوم من التمسك باجراءات التحقيق التى تمت صحيحة فى الخصومة المنقضية ما دام من الجائز الاستناد اليها عند سقوط الخصومة وما دامت القاعدة فى التشريع هى اباحة الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة عملا بالمواد ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٢٢ من القانون القائم .

لكل الاعتبارات المتقدمة رأى المشروع أن يحسم الأمر صراحة على النحو المقرر فى المادة ٢/٣٠٣ منه .

٥١– لا يجوز فى تحقيق طلب الرد استجواب القاضى ولا توجيه اليمين اليه :

نصت على المبدأ المتقدم الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ من المشروع .

وقالت المذكرة التفسيرية فى صدده أنه منقول عن المادة ٢٥٠ من قانون الاجراءات الجنائية القائم . وقد قصد به احاطة القاضى بضمانة تكفل له الاحترام والجو الصالح للعمل ؛ فكثيراً ما يكون توجيه الاستجواب اليه أو اليمين مقصوداً به احراجه وتجريحه . ومن ناحية أخرى توجيه اليمين الحاسمة هو بمثابة صلح ، والصلح لا يجوز فى دعاوى الرد .

وواضح أن النص المتقدم يعمل به فى أحوال الرد دون المخاصمة ، لأن المخاصمة دعوى تتضمن مطالبة القاضى بالتعويض فضلا عن طلب الحكم ببطلان ما اتخذه من أحكام وقرارات ، فهى أخطر من الرد ، والقاضى ينزل فيها منزلة الخصم ، خاصة بعد الحكم بقبولها .

٥٢– فى اصدار الأحكام :

قصد المشروع أن يحث القضاة على عدم التراخى فى اصدار أحكامهم فأوجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه يوم النطق به والا كان باطلا (م ٣٤٢ من المشروع) — وهذا النص المقترح يتمشى مع ما قرره المشروع كقاعدة عامة من اعتبار ميعاد الطعن يسرى من تاريخ صدور الحكم ، وتمشياً مع هذا النظر أوجب المشروع فى المادة ٣٤٦ منه على رئيس الجلسة وكاتبها توقيع نسخة الحكم الأصلية فى ظرف يوم من يوم النطق بالحكم فى القضايا المستعجلة وسبعة أيام فى القضايا الأخرى — من لايداع المسودة كما هو الحال فى القانون القائم .

ويلاحظ أن المشروع قد جعل الميعاد الأول يوماً بدلا من أربع وعشرين ساعة ، وذلك حتى يسهل حساب الميعاد – اذ القاعدة أن حسابه بالأيام أسهل وأيسر من حسابه بالساعات .

وجدير بالاشارة أن المادة ٣٤٥ من المشروع وان استوجبت ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية – ان كان – الا أنها لم ترتب البطلان جزاء نقص هذا البيان أو خطئه (١) .

وهكذا الغى المشروع موطناً من مواطن البطلان فى حالة يكون الحكم به مبالغة فى التمسك بالشكليات متى ثبت بالفعل أن النيابة قد مثلت فى الدعوى وأبدت رأيها فيها وفقاً لما يتطلبه القانون .

وانما اذا لم تتدخل النيابة فى الدعوى فى حالة يوجب القانون فيها هذا التدخل فان الحكم يكون باطلا وبعبارة أخرى ، القاعدة المستحدثة تفترض نقص البيان المتقدم من الحكم مع التسليم حتما بحصول تمثيل النيابة بالفعل .

٥٣ – الاختصاص بنظر طلب التعويض مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد :

تنص المادة ٣٥٧ من المشروع فى فقرتها الأولى على جواز طلب الحكم بالتعويض فى مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد(٢) وهذا النص لا يختلف عن نص المادة ٣٦١ من القانون القائم .

---

(١) المادة ٣٤٩ من القانون القائم ترتب البطلان جزاء نقص البيان المتقدم – راجع الأحكام المشار اليها فى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨٠٢ وما يليها .

(٢) كان المشروع التمهيدى قد استبدل بعبارة الكيد عبارة غير جدى على اعتبار أن الأولى أضيق نطاقا من الثانية . وقصد بها كل حالة يرفع فيها المدعى دعواه دون أن يستجمع أدلتها أو يرفعها ولا يواليها على وجه الاطلاق ويهدد بها خصمه ، أو يرفعها بلا تردد – وذلك على أساس أن المواطن لا يحق له أن يجعل من الالتجاء الى القضاء وسيلة تهديدية يقصد بها مجرد مشاكسة خصمه وايذائه . وقد رؤى بعدئذ ابقاء النص على حاله فى هذا الخصوص حتى لا يتخذ النص المستحدث – هو الآخر – وسيلة للكيد والتعنت .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ من المشروع على أن الاختصاص بنظر الطلب المتقدم لا يكون الا للمحكمة التى نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدى . ويرفع اليها بصورة طلب عارض أو بدعوى أصلية .

وتقول المذكرة التفسيرية للمشروع فى هذا الصدد « حسم المشروع الخلاف القائم فى الفقه حول المحكمة المختصة بنظر طلب الحكم بالتعويض عن دعوى أو دفاع قصد بأيهما الكيد فأكد فى الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ منه اختصاص المحكمة التى نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدى وحدها بطلب التعويض سواء أكان هذا الطلب قد رفع اليها بصورة عارضة أثناء نظر الطلب أو الدفاع الكيدى أم بدعوى أصلية ترفع اليها بعد انقضاء الخصومة الكيدية » .

ونقول فى توضيح ما تقدم أن القضاء فى فرنسا (١) وفى مصر (٢) قد جرى على وجوب رفع دعوى التعويض المتقدمة أمام ذات المحكمة المطروح أمامها الدعوى الكيدية أو الدعوى التى دفعت بدفاع كيدى ولو كانت هى محكمة الاستئناف لأن هذه المحكمة هى وحدها المختصة بالفصل فى الحكم بمصاريف الدعوى التى تنظرها ، القضائية منها وغير القضائية ، اذ هى أدرى من أية محكمة أخرى فى تقدير مصاريفها والتعويضات الناشئة عن رفعها ، سواء أكانت التعويضات عن ضرر مادى أم أدبى . ويجوز التمسك بالتعويض اما على صورة طلب عارض أم على صورة دعوى أصلية مبتدأة . ويشترط لاختصاص المحكمة المتقدمة أن يكون من مقتضى وظيفتها الفصل فى دعاوى التعويض لأن هذا الأمر يتصل بالنظام العام ، ومن ثم اذا اتخذ اجراء تعسفى أمام

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٥٥ ورقم ٦٣ ورسالة موريل (Jules Morel) فى Des dommages - intérêts en cas d'exercice abusif des actions en justice, thèse, Paris 1910 ص ٩٣ ومايليها والأحكام العديدة المشار اليها فيها .

(٢) راجع الجدول العشرى الثانى للمحاماة (مرافعات) رقم ١٦٤٩ ، ١٦٥٤ ، ١٦٥٧ ، ١٦٦٤

لجنة ادارية أو أمام قاضى الأمور المستعجلة أو قاضى الأمور الوقتية أو قاضى البيوع فلا اختصاص لأى منهم بنظر طلب التعويض عنه [١] .

ولما كان الاختصاص القيمى فى المشروع لا يتصل بالنظام العام فمن الجائز التجاوز عنه عند رفع دعوى التعويض عن الاجراء التعسفى .

هذا ويلاحظ جواز طلب التعويض بدعوى أصلية ترفع أمام نفس المحكمة التى اتخذ أمامها الاجراء التعسفى ولو كانت الدعوى الأصلية قد انقضت أمامها بحكم فى موضوعها أو بحكم قبل الفصل فى الموضوع [٢] .

ويلاحظ أيضاً أن التعويض عن الطلب أو الدفع الكيدى لا يعد من قبيل الغرامة وانما هو تعويض عن الضرر والمصروفات الاستثنائية التى تكبدها الخصم بالفعل نتيجة هذا أو ذاك .

ولا يسقط الحق فى طلب التعويض الا فى الأحوال المسقطة له المقررة فى القانون الموضوعى [٣] .

واذا تعددت الاجراءات الكيدية من جانب الخصم لرفعه دعاوى كيدية موضوعية مختلفة أمام محاكم متعددة أو لرفعة دعوى موضوعية ودعوى مستعجلة أمام قاضى الأمور المستعجلة ولاتخاذه اجراءات ادارية كلها تشف عن التعسف ، أو اذا تعددت الدعاوى ولم تكن كل منها مشوبة بالكيد فى ذاتها وانما وضح الكيد لتعددها ولكثرتها ، وطالب الخصم بالتعويض لتعدد فعل الكيد أو للكيد تعدد الثابت من الاجراءات المتخذة

---

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٦٣ ص ١٤٨

(٢) قارن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة العديدة المشار اليها فى كتاب الدفوع وفى الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات .

وأنظر فى الاعتراض على القاعدة المتقدمة محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ٢ ص ٧٠٩ ، ٧١٠ وانظر فى الرد عليه الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨١٢ وما يليها .

(٣) قارن الأحكام المشار اليها فى كتاب نظرية الأحكام رقم ٦٣ ص ١٥٦ .

من مواجهته فان المحكمة المختصة به تحددها القواعد العامة فى الاختصاص النوعى والمحلى ، وليس هناك مجال لأعمال المادة ٣٥٧ من المشروع . وكذلك الحال اذا كان الاجراء التعسفى لا يتعلق بخصومة نظرت أمام محكمة ما ، فان طلب التعويض عنه يرفع الى المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً بمقتضى القواعد العامة .

ويرفع طلب التعويض عن اجراء تعسفى من اجراءات التنفيذ الى المحكمة المختصة عملا بالقواعد العامة . واذا تعلق الاجراء التعسفى بخصومة فى أشكال فى التنفيذ ، وجب رفع طلب التعويض عنه أمام ذات المحكمة التى تنظر الاشكال عملا بالمادة ٣٥٧ من المشروع .

٥٤ – تقدير أتعاب المحاماه :

استحدث المشروع قاعدة طريفة من مقتضاها تقدر أتعاب المحاماه التى يقضى بها على مقتضى القواعد والضوابط التى تصدر بها قرارات من وزير العدل بعد أخذ رأى الجمعية العمومية لمحكمة النقض .

وقد قصد المشروع بهذا ضمان حد أدنى لأتعاب المحاماة التى تقضى بها المحاكم على اختلاف أنواعها وهذا الحد الأدنى يختلف بحسب نوع كل محكمة ونوع الحكم الذى يصدر فى الدعوى حضورياً كان أو غيابياً وطبيعة النزاع وأهميته وما اذا كان الفصل فى الدعوى قد استدعى اتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات أو التحقيق أو الخبرة وما الى ذلك – على أن هذا الحد الأدنى – الذى يصدر به قرارات من وزير العدل المركزى بعد أخذ رأى الجمعية العمومية لمحكمة النقض بوصفها الهيئة الموحدة الأقدر على وضع هذه القواعد والضوابط بالنسبة الى أقليمى الجمهورية معاً – يجوز اعادة النظر فيه زيادة أو نقصاً تبعاً للظروف المالية والاقتصادية فى البلاد . وهذا الحد الأدنى لا يحول دون سلطة المحاكم فى تقدير أتعاباً للمحاماة تربو عليه متى رأت من مجهود المحامى وعنايته ببحث الدعوى وتحضيرها واعداد مستنداتها ومذكراتها مايقتضى ذلك . وغنى عن البيان أن ضمان هذا الحد الأدنى من الأتعاب من شأنه أن يعوض الى حد ما قدراً من الأتعاب الاتفاقية يمكن لذوى الشأن من ادخاله فى اعتبارهم لدى الاتفاق على الأتعاب (المذكرة التفسيرية) .

٥٥ – المحكمة التى تنظر التظلم من الأمر الصادر بتقدير المصروفات :

تنص المادة ٣٥٩ من المشروع على أنه يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من تقدير المصاريف الصادر بها الأمر (من رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم) ويحصل التظلم أمام المحضر عند اعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم فى ظرف ثمانية الأيام التالية لاعلان الأمر . ويحدد المحضر أو قلم الكتاب اليوم الذى ينظر فيه التظلم على حسب الأحوال أمام المحكمة التى حكمت بالمصروفات فى غرفة المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل الموعد المحدد بثلاثة أيام .

ولقد شاء المشروع أن يمنع اللبس بالنص صراحة على أن المحكمة التى تنظر التظلم من الأمر الصادر بتقدير المصروفات هى ذات المحكمة التى حكمت بها – لأن البعض قد اتجه – فى ظل القانون القائم – الى القول بأن المشرع لم يوجب صراحة أن تنظر التظلم ذات المحكمة التى حكمت بالمصروفات [1].

وفيما عدا ما تقدم لا يختلف النص المستحدث عن المادة ٣٦٣ من القانون القائم [2] .

٥٦ – اجراءات طلب تفسير حكم صادر من محكمة النقض :

لم ينص قانون المرافعات القائم على الاجراءات الواجب اتخاذها عند رفع طلب تفسير حكم صادر من محكمة النقض . ولقد أثار هذا الموضوع خلافاً كبيراً أمام محكمة النقض وانتهت هذه المحكمة الى أن طلب التفسير

---

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام رقم ٥٩ والأحكام المشار اليها فى ص ١٣٩ منه .

(٢) مع ملاحظة أن النص المستحدث اختار عبارة «التظلم» بدلا من «المعارضة» الواردة فى النص القائم لأن الواقع أن الخصم يتظلم من الأمر الصادر على عريضة ولا يعارض فيه ، ومع ملاحظة أن طريق التظلم بالتقرير به فى قلم الكتاب لايختلف عن الاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى ومن ثم حسم المشروع الخلاف القائم فى ظل القانون الحالى فى صدد جواز رفع المعارضة بتكليف بالحضور (راجع كتاب نظرية الأحكام ص١٣٩ والأحكام المشار اليها فيه) .

لاتراعى فى شأنه اجراءات تحضير القضية فى قلم كتاب المحكمة فى المواعيد المقررة فى القانون ، وانما تحدد فى صدده جلسة بطلب يقدم الى رئيس المحكمة.

ولقد جاءت المادة ٣٦٢/٢ من المشروع تقرر أنه اذا كان الحكم المطلوب تفسيره صادراً من محكمة النقض[١] وجب تقديم طلب تفسيره الى قلم كتاب المحكمة بتقرير ، ويحدد رئيس المحكمة جلسة لنظره مع تكليف الطالب باعلان خصمه قبل الجلسة بخمسة عشر يوماً على الأقل .

وبذا حسم المشروع الأمر فلا تتخذ فى صدد الطلب المتقدم اجراءات التحضير فى قلم الكتاب ولا تراعى بطبيعة الحال مواعيد هذا التحضير ، ولا يعرض الطلب على دائرة فحص الطعون ولا تراعى فيه المواعيد المقررة (المذكرة التفسيرية للمشروع) .

واذا طلب تفسير حكم أو قرار صادر من دائرة فحص الطعون فان الطلب يقدم الى هذه الدائرة ولا يقدم بطبيعة الحال الى الدائرة الخماسية لأن القاعدة الأساسية أن الهيئة التى تفسر الحكم هى ذات الهيئة التى أصدرته والا اعتبر طلب التفسير بمثابة طعن فى القرار الصادر من دائرة فحص الطعون والقانون يمنع هذا الطعن بمقتضى نص المادة العاشرة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ [٢]

---

(١) نقض أول مايو ١٩٥٨ طلب رقم ٤٠٣ سنة ٢٧ قضائية تفسير – وانظر الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات ص ٨١٨ – الحاشية .

(٢) وشأن اجراءات طلب تفسير حكم النقض شأن اجراءات طلب مخاصمة دائرة بالنقض ، فهذا الطلب يقدم بتقرير يودع قلم كتاب محكمة النقض يوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلا خاصا .

ولايطرح الطلب على دائرة فحص الطعون لأن هذا التقرير لايتصل بطعن عن حكم صدر فى الاستئناف ، وقد يتصل بحكم صدر من الدائرة الخماسية والقاعدة أن القضاء لا يسلط على قضاء آخر الا اذا كان الأول أعلى درجة من الثانى . ولاتحضر القضية فى الطلب فى قلم الكتاب فى المواعيد المقررة فى القانون ، ولاتراعى هذه المواعيد . (راجع الطبعة الخامسة من كتاب المرافعات رقم ٥٠ ص ٩٤) .

٥٧ـ عدم سقوط الأمر الصادر بتقدير المصروفات ولو لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره :

تنص المادة ٣٧٦ من القانون القائم على أن الأمر الصادر على عريضة يسقط اذا لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. والنص المتقدم استحدثه قانون سنة ١٩٥٩ على اعتبار أن الأمر وهو تصرف ولائى باجراء تحفظى لا يصح أن يبقى سلاحاً مسلطاً شهده من صدر له الأمر فى وجه خصمه فى أى وقت يشاء، مع احتمال تغير الظروف الداعية الى اصداره وزوال الحاجة الملجئة اليه. واذا كان الحكم الغيابى الذى يصدره القضاء بعد تحقيق يبطل ويعتبر كأن لم يكن اذا لم يعلن الى المحكوم عليه فى خلال مدة قصيرة من تاريخ صدوره فأحرى بالأمر على العريضة أن يسقط من باب أولى اذا لم يقدم للتنفيذ فى المناسبة التى صدر فيها.

وقد اختلف الرأى فى صدد الأمر الصادر بتقدير المصروفات، هل يسقط هو الآخر لعدم تنفيذه فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أم أنه يبقى على أساس أنه فى واقع الأمر انما يكمل الحكم بالالزام بالمصروفات، وعلى أساس أنه ملحق بالخصومة نفسها.

وقد قضت محكمة النقض بأن أوامر تقدير المصاريف القضائية المحكوم بها والتى تصدر طبقاً للمادة ٣٦٢ من القانون القائم تختلف عن الأوامر على عرائض أحد الخصوم التى تصدر طبقاً للمادة ٣٦٩ من القانون القائم وهى فى حقيقتها مكملة للحكم بالالزام، ومن ثم فلا يكون هناك مسوغ للقول بتطبيق حكم السقوط الوارد فى المادة ٣٧٦ عليها اذا لم تقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (١).

(١) نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٥٦ ونقض ٢٥ أكتوبر ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٨٤٢ - وأنظر الكتاب نظرية الأحكام ص ١٣٨.

ولقد أخذ مشروع قانون المرافعات بوجهة النظر الأخيرة وقرر صراحة أن أمر تقدير المصروفات لا يسقط اذا لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره (م ٣٧٢ منه) . وانما يسقط كما تسقط الأحكام[1] .

---

(١) قالت المذكرة التفسيرية فى هذا الصدد « ولما كان الأمر الصادر على عريضة يسقط اذا لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ صدوره فقد أزال المشروع لبساً بالنسبة لأمر تقدير المصروفات استثناه من السقوط على اعتبار أن هذا الأمر ملحق بالدعوى نفسها فلا يسقط الا كما تسقط الأحكام » .

الاتجاه الحديث فى نظرية المساهمة الجنائية

للدكتور رمسيس بهنام

أستاذ القانون الجنائى المساعد بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

لا يتأتى تمحيص نظرية المساهمة الجنائية ، وايضاح ما لها وما عليها ، بدون رجوع الى أصل هذه النظرية والى الضرورات العملية التى أدت الى نشأتها .

فمجال النظرية من ناحية ، هو وقوع الجريمة الواحدة نتيجة نشاط أكثر من شخص واحد .

ذلك لأنه حين يعزى وقوع الجريمة الى نشاط شخص واحد بمفرده ينحصر فيه دون سواه السلوك الذى تحققت به ، لا يكون هناك أى مجال للكلام عن مساهمة جنائية . فالأمر حينذاك يتعلق بجريمة واحدة وقعت من مجرم واحد بدون أن يسهم فيها أحد غيره .

هذا عن مجال النظرية .

ومن ناحية أخرى ، فان المصدر الذى يرد اليه نشوء النظرية فى هذا المجال هو اختلاف سلوك الواحد من المجرمين عن سلوك الآخر كما وكيفا حتى فى الجريمة الواحدة التى يتضافرون معاً فى انتاجها .

فمنهم من يؤدى قسطاً فى عملية تنفيذها ، ومنهم من يقف من هذه العملية على هامشها ، وان كان ذا شأن فيها وله دخل فى قيامها .

ولكى يتضح معنى العملية وهامش العملية نضرب مثالا بالقتل .

فعملية تنفيذ القتل تتمثل فى الامساك بالمجنى عليه وتكبيله وكتم أنفاسه مثلا ، أو فى اطلاق عيار نارى عليه فى مقتل فيخر صريعاً .

غير أنه عند تداخل أكثر من شخص فى النشاط المفضى الى هذه العملية لا يكون من اللازم حتما أن ينهض كل واحد بنصيب فيها .

فقد يقتصر واحد على مجرد الاتفاق مع غيره عليها فينفذها هذا الغير . وقد يقف عند تحريض آخر على اتيانها فيؤديها عنه هذا الآخر . وقد يقنع بمجرد تقديم سلاح نارى ليستخدم فى العملية ، فيحدث فعلا أن تتم على يد غيره باستخدام هذا السلاح .

عندئذ يعتبر مجرد الاتفاق أو التحريض أو تقديم السلاح ، نشاطاً ثانوياً بالقياس الى تنفيذ القتل ذاته ، أى نشاطاً لا يدخل فى صميم عملية تنفيذ القتل وانما يقف على هامش هذه العملية .

والقانون اذ يقرر عقوبة على القتل ، انما يستخدم عادة فى التعبير عن الركن المادى لهذه الجريمة لفظ « القتل » ، أى لفظاً يفصح عن السلوك الذى تتمثل به عملية تنفيذ الجريمة ، لا السلوك الذى يجرى على هامش هذا التنفيذ .

وهو اذ يوجه الى المواطنين نهياً عن ارتكاب القتل انما يعبر عن هذا النهى بعبارة أن كل من قتل نفس الغير عمداً يعاقب بعقوبة معينة .

وواضح أن هذه العبارة ينحصر مدلولها ومغزاها فى السلوك الذى يتنفذ به القتل عملا أى فى عملية ازهاق روح الغير أو عملية تنفيذ القتل ذاتها دون اشارة الى ما يجرى على هامشها سواء فى وقت سابق عليها أو فى وقت معاصر .

فمن يستخدم جسده فعلا فى ازهاق روح غيره سواء حرك فى ذلك يداً أو رجلا ، هو الذى يصدق عليه أنه قتل نفس الغير عمداً .

وهو الذى تنصرف اليه عبارة النص الناهى عن القتل .

أما من اتفق مجرد اتفاق أو حرض مجرد تحريض أو قدم السلاح مجرد

تقديم تاركاً للغير مهمة استخدامه ، فلا يعتبر أنه هو الذى « قتل » الغير عمداً ، لو أن القتل حدث بالفعل .

ولكن أيفلت مثل هذا من العقاب لمجرد أن النص الخاص بجريمة القتل قرر العقوبة على القتل دون اشارة الى ما جرى على هامش تنفيذ القتل ؟

لا شك فى أن هذا السؤال يجاب عنه بالنفى .

وقد أعطى القانون عنه جواباً نافياً .

والصورة التى أعطى بها هذا الجواب ، هى أنه بالاضافة الى النص المحدد للركن المادى فى القتل وللعقوبة عليه ، وضع نصاً آخر صار بمقتضاه المتفق على القتل أو المحرض عليه أو مقدم السلاح من أجله ، فى حكم القاتل ولو أنه ليس القاتل .

هذا النص وضعه القانون فى صدد الجرائم عامة لا فى صدد جريمة القتل وحدها .

ذلك لأن الضرورة التى اقتضت وضعه ليس مجالها مقصوراً على القتل فحسب ، وانما هى ماثلة فى مجال أية جريمة من الجرائم .

فمن اللازم أن يعاقب كل من كان له فى الجريمة دخل ، ولو لم يكن تنفيذها قد تم على يديه .

ولذا وضع النص المذكور لا فى أعقاب النص الخاص بجريمة القتل أو بأية جريمة أخرى معينة بذاتها ، وانما وضع — وهذا ما حدث فعلاً منذ بداية عهد التشريعات الجنائية — بقسم عام يضم الأحكام التى تسرى على كافة الجرائم ولا تقتصر على جريمة دون أخرى .

وهذا ما فعله المشرع المصرى أسوة بغيره ، بحين وضع فى الكتاب الأول من قانون العقوبات وفى الباب الأول الخاص بالقواعد العمومية نص المادة ٤١ ليقرر أن :

من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها .

فمن كان نشاطه جارياً على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، يعبر عنه القانون المصرى بأنه « اشترك فى الجريمة » ، ويقرر أن عليه عقوبتها أى عليه ذات العقوبة المقررة لمن ينهض بعملية تنفيذها .

يؤكد ذلك أن من ينهض بجزء — كبر أو صغر — من عملية التنفيذ ذاتها ، يعبر القانون عنه فى المادة ٣٩ بكلمة « الفاعل » ، بينما يعبر فى المادة ٤٠ بكلمة الشريك عمن يقف نشاطه عند اتفاق أو تحريض أو اعطاء سلاح أو أى عمل مجهز أو مسهل أو متمم ، أى من يظل نشاطه على هامش عملية التنفيذ نفسها .

الآن وقد اتضحت ضرورة وضع نص يجعل لمن يباشر نشاطه على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، حكم من يباشره فى صميم هذه العملية ذاتها ، تتضح بالتالى الضرورة التى نشأت من أجلها نظرية المساهمة الجنائية .

فحول هذا النص العام ، وتعليقاً عليه وتفريعاً عنه ، قامت نظرية المساهمة الجنائية .

وقيامها لا يرجع الى التعدد المحتمل للمتداخلين فى حدوث الجريمة ، بقدر ما يرد الى الاختلاف الكمى والكيفى لوجوه النشاط الواقع منهم ، والى كون هذا النشاط تارة يقع فى بؤرة عملية تنفيذ الجريمة وتارة يقع على هامش هذه العملية ؛ والى كونه فى الحالة الثانية يأخذ ذات الحكم الذى له فى الحالة الأولى .

على أنه مادام النشاط مستحقاً للعقوبة سواء دخل فى عملية التنفيذ أو ظل على هامشها ، يحق التساؤل عن الفائدة العملية التى من أجلها قامت نظرية بأسرها حول التفرقة بين ما هو فى بؤرة عملية التنفيذ ويجعل صاحبه فاعلا وبين ما هو على هامش هذه العملية ويجعل صاحبه شريكاً .

فما دام الشريك فى حكم الفاعل ، أى مادام من هو على هامش التنفيذ مثل من هو فى بؤرته ، من حيث المصير ، فعلام كل ذلك العناء الذى تحمله شراح القانون ليفرقوا بين من هو فاعل وبين من هو شريك ؟

هذا ما سنتحدث عنه فى موضعه .

وانما الذى يعنينا فى هذا الموضع الذى نقدم به للموضوع ، هو أن نبين منشأ الموضوع والظروف التى ولد فيها .

فنظرية المساهمة الجنائية انما نشأت بمناسبة النص الذى اتخذت منه أساساً لها وجعلت منه نواة لصياغتها ، وهو النص الذى جعل النشاط الواقع على هامش تنفيذ الجريمة مثل النشاط الدائر فى بؤرة هذا التنفيذ ، من حيث العقوبة المستحقة (١) .

ومدار هذه النظرية هو بالذات التفرقة بين ما هو فى بؤرة عملية التنفيذ وبين ما هو على هامش هذه العملية ، أى بعبارة أخرى بين من هو فاعل ومن هو مجرد شريك .

ومن أجل هذا ، ولد مع النظرية نفسها ، قول كاشف عن طبيعتها ، جرى الفقه الجنائى التقليدى على ترديده ، وهو القول بالصفة التبعية للمساهمة الجنائية .

والمراد بهذا القول ، أن النص الخاص بهامش عملية التنفيذ ، لا يكون هناك محل لدخوله فى ميدان التطبيق ، الا اذا سبقه الى هذا الميدان النص الخاص بعملية التنفيذ ذاتها .

فلا محل للكلام عن هامش لعملية ، حيث لا يكون لهذه العملية وجود أصلا .

(١) G. Bettiol "Diritto penale" Parte generale, 1950 p 397 - 400

أى لا محل لمساءلة الانسان عن الاتفاق على جريمة أو التحريض عليها أو لمداد الغير بعدة تنفيذها ، حيث لا تنفذ هذه الجريمة فعلا على يد من كان يراد أن تتحقق بفعله .

حينذاك لا يستحق المتفق عقوبة على محض اتفاقه ، ولا المحرض على محض تحريضه ، ولا المهيء على محض اعداده عدة الجريمة (١) .

وعبر الشراح الفرنسيون عن ذلك بحديثهم عما يسمى « مبدأ استعارة اجرام الشريك » (٢) ، أى مبدأ أن الشريك يستمد اجرامه من اجرام الفاعل ، وأن صفة الاجرام لا تلتصق به الا اذا التصقت من قبله بفاعل . فعلى الرغم من كون نشاط الشريك سابقاً على نشاط الفاعل أو معاصراً اياه من الناحية الزمنية ، الا أنه من الناحية المنطقية ، أو بتعبير أدق ، من ناحية المنطق الذى يسير عليه النهج التقليدى للقانون ، يعتبر لاحقاً له فى اكتساب نعت الاجرام .

وهذا نهج غريب ، سنرى فى المراحل المقبلة من هذا البحث أن الفقه الحديث متجه نحو اطراحه .

وقد طرحه فعلا قانون العقوبات الايطالى اذ نص فى المادة ١١٥ منه على أنه « اذا اتفق شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة ، ولم تقع هذه الجريمة ، لا يعاقب أحد ما على محض الاتفاق فى ذاته ، ما لم يوجد فى القانون نص على خلاف ذلك .

غير أنه فى حالة الاتفاق على ارتكاب جنحة يجوز للقاضى أن يطبق تدبيراً واقياً .

(١) ما لم يكن ذلك محل عقاب فى ذاته كجريمة قائمة بذاتها ، وعندئذ يكون العقاب عليها مغايراً للعقوبة الخاصة بالجريمة المتفق أو المحرض عليها أو المعد لها والتى لم تقع .

(٢) L'emprunt par le complice de la criminalité de l'auteur principal (Donnedieu De Vabres "Traité de Droit criminel et de législation pénale comparée". 1947, P 258 et s).

وتسرى الأحكام نفسها فى حالة التحريض على ارتكاب جريمة اذا قبل التحريض ولكن لم تقع الجريمة .

واذا لم يقبل التحريض ، وكان على جنحه ، يجوز اخضاع المحرض " لتدبير واق " .

فمجرد التقاء ارادتين على ارتكاب جريمة ، يعتبر فى القانون الايطالى حالة خطرة تنذر بالاجرام وان لم تكن فى ذاتها جريمة بعد . كما أنه يكشف فى ذاته عن خطورة فيمن التقت اراداتهم على سلوك طريق الاجرام حتى ولو لم تكن قد وقعت منهم فيما بعد جريمة ما . ويصدق الأمر نفسه على التحريض فى ذاته ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها .

هذا عن حالة عدم وقوع جريمة رغم الاتفاق أو التحريض عليها .

وانما الحالة التى ستشغل فى المجال الحالى معظم اهتمامنا هى حالة وقوع جريمة فعلا بناء على اتفاق أو تحريض أو مساعدة .

وقد قلنا ان النشاط الذى يدور على هامش تنفيذ الجريمة هو الذى قامت من أجله نظرية المساهمة الجنائية .

حقيقة أن الشخص الذى يساهم فى عملية تنفيذ جريمة ما بنشاط لا يقف على هامش هذه العملية وانما يدخل فى صميمها كجزء منها ، يعتبر مساهماً فى الجريمة مع من انضم اليهم فى تنفيذها ، ويكون وضعه بالنسبة لمن تولى منهم عملية التنفيذ ذاتها هو وضع الفاعل مع الفاعل .

وصحيح أن صورة وجود فاعل مع فاعل ، هى من الصور التى تدخل فى عموم نظرية المساهمة الجنائية على اعتبار أن مجالها — كما سبق القول — هو بصفة عامة وجود تعدد فى الأشخاص الذين تعزى اليهم الجريمة .

غير أن هذه النظرية — على ما سلف بيانه — لم تنشأ لحالة وجود فاعل مع فاعل ، بقدر ما نشأت لحالة وجود شريك مع فاعل .

وكان ولا يزال جوهرها ولبها ، هو وضع فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك أى بين الشخص الذى يعتبر نشاطه داخلا فى صميم عملية تنفيذ الجريمة ، وذلك الذى يقف نشاطه على هامش هذه العملية .

وقد آن لنا بعد أن وضحت المناسبة العملية لنشأة نظرية المساهمة الجنائية أن ننتقل الى بيان مضمونها وماطرأ عليهامن اتجاهات حديثة لها شأنها وخطرها.

* * *

قلنا ان نظرية المساهمة الجنائية أدت الى نشأتها ضرورة اعطاء من يباشر نشاطه على هامش عملية تنفيذ الجريمة ، حكم من يدخل نشاطه فى صميم هذا التنفيذ ، وذلك بجعل عقوبتهما عن الجريمة الواقعة واحدة .

ولم يكن الباعث على نشوء تلك النظرية تعدد القائمين بعملية التنفيذ ذاتها اذ لم تكن هناك صعوبة فى اخضاعهم جميعاً لعقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة التى نهضوا معاً بعملية تنفيذها ، بوصفهم فاعلين متعددين لذات الجريمة ، يصدق على نشاط كل منهم النص المحدد لركنها المادى .

لم تكن هناك صعوبة فى اعتبارهم قتلة ان كانت الجريمة قتلا ، أو سارقين ان كانت الجريمة سرقة ، وفى تطبيق عقوبة القتل أو عقوبة السرقة على كل منهم بناء على ذات النص المقرر لهذه العقوبة ودون حاجة الى أساس آخر غيره.

وانما كان محل الصعوبة أن تطبق عقوبة القتل أو عقوبة السرقة على من كان نشاطه واقعاً خارج عملية تنفيذ القتل أو السرقة وعلى هامش هذه العملية .

ولحل هذه الصعوبة وضع فى القسم العام من قانون العقوبات نص يجعل صاحب هذا النشاط فى حكم القاتل وان لم يكن هو القاتل ، وفى حكم السارق وان لم يكن هو السارق .

وجعل هذا النص سارياً فى كافة الجرائم .

وعلى أساسه شيدت نظرية المساهمة الجنائية [1].

واذن ، فهذه النظرية وضعت لحالة وجود شريك مع فاعل ، أكثر مما وضعت لحالة وجود فاعل مع فاعل .

وجل عنايتها منصب على وضع فيصل التفرقة بين الشريك والفاعل أكثر مما هو منصرف الى علاج حالة وجود فاعل مع فاعل .

وفى هذا النطاق الذى توليه النظرية جل اهتمامها ، أى نطاق التفرقة بين الفاعل والشريك ، سنظهر ما طرأ عليها من اتجاه حديث .

ولا نجد بدأ – قبل بيان الاتجاه الحديث فى هذه النظرية – من أن نبين الأهمية العملية التى علقت ولا تزال تعلق عليها فى الفقه التقليدى للقانون الجنائى .

فقد قلنا ان الشريك جعل له من حيث العقوبة حكم الفاعل وهذا ما عبر عنه القانون المصرى بقوله ان «من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها» .

وما دام الأمر كذلك ، فلماذا نشأت نظرية المساهمة الجنائية ، ولماذا أضنى الشراح أنفسهم ليضعوا معيار تفرقة بين الفاعل والشريك ؟ أليست عقوبتهما واحدة ؟ فلماذا كان اذن كل ذلك العناء فى اقامة فيصل للتفرقة بينهما ؟ وما هو الدافع الى وضع هذا الفيصل وما الحكمة فيه ؟

هذا هو السؤال الذى نبحث عن جواب له ، دون أن نجد له – كما سنرى جواباً شافياً .

وقد يقال فى الجواب على هذا السؤال ما يأتى :

(أولا) ان القانون يجعل من تعدد المرتكبين للجريمة الواحدة ، ظرفاً مشدداً للعقوبة المستحقة عنها . ومعنى ذلك أن توقع على كل منهم

(1) أنظر دونديو دى ڤابر – المرجع السابق ذكره ص ٢٥٨ ، وبتيول فى الموضع السالف ذكره من مؤلفه .

عقوبة أقسى من تلك المقررة للجريمة أصلا لو ارتكبها شخص واحد منفرداً. والتعدد بهذا المعنى المشدد للعقوبة ، انما يتحقق بأن يوجد مع الفاعل آخر له مثله صفة الفاعل ، لا أن يوجد معه مجرد شريك [1] .

وما دام التعدد يتطلب وجود فاعل مع فاعل لا شريك مع فاعل ، فانه يلزم للبت فى قيامه أو تخلفه ، تحديد صفة المساهم الذى كان له شأن فى الجريمة مع الفاعل ، وما اذا كان يعد هو الآخر فاعلا مثله فيكون التعدد متحققاً ، أم أنه يعد مجرد شريك فلا يتوافر بوجوده التعدد . وفى ذلك يتعين تطبيق فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك .

فهنا وجه أول يمكن القول بأنه من وجوه الأهمية العملية لهذه التفرقة .

(ثانياً) ان الشريك وان كان الأصل أن يخضع لذات العقوبة المقررة للفاعل ، الا أن هناك حالات يقرر القانون فيها للشريك عقوبة أخف من عقوبة الفاعل .

من هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٢٣٥ من قانون العقوبات اذ تقرر أن المشتركين فى القتل الذى يستوجب الحكم على فاعله بالاعدام ، يعاقبون بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة .

فهذه المادة تجعل للقاضى فى محاكمة الشريك عن قتل يستوجب عقاب الفاعل بالاعدام ، أن يختار للشريك بدلا من الاعدام المقرر للفاعل ، عقوبة أخف هى الأشغال الشاقة المؤبدة .

وتجعل له كذلك اذا شاء تخفيف العقوبة الأصلية أخذاً بأسباب للرأفة ، أن يعمل حكم المادة ١٧ من قانون العقوبات لا فى عقوبة الاعدام فينزل بها الى أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وانما فى عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة فينزل بها الى أشغال شاقة مؤقتة أو سجن .

---

(١) أنظر الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٨

فيلزم لكى يستفيد متهم فى قتل بهذا التخفيف للعقوبة ، أن يثبت أنه لم يكن فى القتل فاعلا وانما مجرد شريك ، وليس له الى هذا الاثبات من سبيل سوى فيصل التفرقة بين الفاعل والشريك ومن ثم يبدو هنا وجه ثان يمكن القول بأنه من وجوه الأهمية العملية لهذه التفرقة .

(ثالثاً) ان الفاعل حين يوجد معه فاعل آخر مثله ، لا تؤثر الظروف الخاصة به على هذا الآخر ، ونعنى بها الظروف التى تتوقف عليها العقوبة وجوداً وعدما أو شدة وضعفاً ، فى حين أنه اذا وجد معه شريك لا فاعل ، فان الظروف الخاصة به تسرى أحياناً على هذا الشريك ، على ما سنبين حين نفصل أحكام القانون المصرى فى هذا الصدد .

وبناء على ذلك ، فانه فى مجال الظروف الخاصة بالفاعل ومدى سريانها على آخر ساهم معه ، يكون من الأهمية بمكان تحديد صفة هذا الآخر وهل هو فاعل أم شريك .

* * *

تلك هى الوجوه الثلاثة للأهمية العملية التى يمكن أن تعلق على التفرقة بين الفاعل والشريك .

غير أنه بامعان النظر فى هذه الوجوه ، يتبين أنها لا تبرر اقامة تفرقة ما بينهما .

فمن الممكن أن ينعت كافة المساهمين فى الفعل الاجرامى الواحد بوصف واحد هو المساهمة فى جريمة ، دون حاجة الى تمييز من هو فاعل فيها عمن هو شريك . فما دام كل منهم قد طرق سبيل الجريمة وأدلى فيها بدلوه ، فهو ضالع فيها مع من انضموا اليه فى هذا السبيل أو انضم اليهم .

فهم جميعاً مساهمون فى الجريمة فحسب .

وهم جميعاً مجرمون فحسب ، بل يمكن اعتبارهم جميعاً فاعلين ،

اما أن تقام تفرقة بين من يعتبر بينهم فاعلا وبين من يعتبر شريكاً ، فأمر لا حاجة اليه على الرغم من وجوه الأهمية التى علقت عليه ، لأنه من الممكن أن تتحقق الأهداف العملية المنشودة من هذه الوجوه ، بغير ما ضرورة لتلك التفرقة .

ويبين ذلك من معالجة الوجوه الثلاثة المذكورة واحداً فواحداً .

عن الوجه الأول

قيل ان التعدد لا يتوافر الا اذا وجد مع الفاعل مساهم يعتبر هو الآخر فاعلا ، ولا يكفى أن يكون هذا المساهم مجرد شريك .

غير أننا لا نجد ضرورة — فى سبيل توافر التعدد كظرف مشدد — لأن نشترط فيمن ساهم مع الفاعل أن يكون هو الآخر فاعلا . ونرى أن التعدد كسبب لتشديد العقوبة ، من الممكن القول بتوافره أيا كانت صفة الشخص الذى ساهم مع الفاعل ، وسواء أكان هذا الشخص فاعلا مثله أم مجرد شريك .

فيمكن القول — وهذا صحيح — بأن الحكمة من تشديد العقوبة فى حالة وجود فاعل مع فاعل ، هى أن تعدد الأيادى المنفذة للجريمة ، يجعل حدوث الجريمة أقرب الى اليقين مما لو كان ينفذها شخص واحد ، ويحيط عملية تنفيذها بضمان يكفل لها التحقيق ، لكون شخصين أو أكثر ، أقدر على تذليل عقبات التنفيذ من شخص واحد يتولى التنفيذ بمفرده . فالتآزر بين اثنين أو أكثر فى تحقيق غرض ما ، يجعل هذا الغرض أكثر قابلية للنفاذ وأسرع تحققاً مما لو نهض بتحقيقه شخص منفرد . فلدور كل منهما أو كل منهم ، يكمل دور الآخر فى عملية تنجيز الغرض ، اذ يمد الواحد يده ليأخذ بيد الآخر ، ويسد كل بمجهوده أى نقص فى مجهود الآخر . وتتاح لهما أو لهم قدرة على قهر مقاومة أى معترض يعوق طريق التنفيذ ، فى حين أن هذه القدرة قد لا تواتى منفذ الغرض ان كان بالتنفيذ منفرداً .

فلأن تنفيذ الجريمة على يد أكثر من فاعل ، يجعل وقوعها أكثر يقيناً من جهة وأوفر سرعة من جهة أخرى ، فقد جعل القانون من وجود فاعل مع فاعل ، سبباً لتشديد العقاب على الجريمة الحادثة منهما ، فينال عنها كل فاعل عقوبة أشد من تلك التى كان ينالها لو كان فى تنفيذ الجريمة منفرداً .

والغريب أن القانون المصرى لم يجعل من تعدد الفاعلين سبباً لتشديد العقوبة على كل الجرائم ، رغم أن الحكمة من هذا التشديد تجعل سريانه واجباً فى كل جريمة تنفذ على يد أكثر من فاعل ، أيا كان نوع هذه الجريمة. فهذا القانون لم يجعل وجود فاعلين أو أكثر للجريمة ظرفاً مشدداً الا فى جرائم معينة منها السرقة (المواد ٢١٣ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧ ع) واتلاف أو نهب البضائع أو الأمتعة أو المحصولات من جماعة أو عصابة بالقوة الجبرية (م ٣٦٦) واتلاف المزروعات (م ٣٦٨) وانتهاك حرمة ملك الغير (م ٢/٣٦٩) .

غير أن هذه الحكمة التى اقتضت تشديد العقوبة فى حالة وجود فاعل مع فاعل ، لما نظيرها كذلك حتى فى حالة وجود شريك مع الفاعل .

فكما أن تعدد الأيدى المنفذة للجريمة يجعل نفاذها أقرب الى اليقين وأوفر سرعة مما اذا أقدم على تحقيقها شخص منفرد ، فان تعدد الأدمغة المدبرة للجريمة ينطوى على ذات القدر من الخطورة ، ولو كانت عملية التنفيذ معهوداً بها الى فرد واحد .

تعدد الأدمغة اذن لا يقل خطورة عن تعدد الأيدى والمؤازرة المعنوية ليست فى وقوع الجريمة أقل شأناً من المؤازرة المادية .

فالاتفاق بين شخصين على ارتكاب جريمة من شأنه أن يجعل كلا منهما أكثر اقداماً على تنفيذ النية الاجرامية مما لو كان منفرداً بها ، لأن فى احساس كل منهما بالتلاقى الروحى مع آخر ، ما هو كفيل بأن يقطع دابر التردد الذى كان من المحتمل أن يصيب كليهما لو كان فى عقد النية وحيداً .

وتحريض شخص على ارتكاب جريمة معناه ايجاد نية اجرامية حاسمة لديه بعد أن لم يكن لهذه النية وجود فى نفسه أصلا .

فبينما فى الاتفاق يتلاقى شخصان على ارادة اجرامية مشتركة لم يكن انعقادها لدى أحدهما راجعاً الى فعل الآخر ، فانه فى التحريض على العكس يرجع انعقاد الارادة الاجرامية الحاسمة فى نفس المحرض الى فعل المحرض بحيث أنه لولا هذا الفعل ما كانت تلك الارادة تتولد أصلا لدى من نشأت فى نفسه أو لكانت تراود نفسه كرغبة لا يقر القرار على تنفيذها .

الاتفاق اذن تفاعل بين ارادتين منعقدتين ، أما التحريض فهو العمل على انعقاد ارادة اجرامية لدى شخص لم يكن قد كونها بعد ، حتى أنه بدون ذلك العمل ما كانت تصح عليها نيته من تلقاء نفسه .

وسواء وقعت الجريمة بناء على اتفاق أو على تحريض ، فان خطورة كل من هذين فى عملية تنفيذها ، لا تقل شأناً عن خطورة الوجود المادى ليد أخرى تنضم الى يد الجانى فى هذا التنفيذ .

وكذلك الحال فى الصورة الثالثة من صور الاشتراك ونعنى بها المساعدة.

فمن يرسم لآخر خريطة المكان المزمع ارتكاب الجريمة فيه ، ويبصره بخفايا هذا المكان ، والمساعدة هنا معنوية ، أو من يقدم له أداة التنفيذ فى الجريمة كآلة كسر أو سلاح ، والمساعدة هنا مادية ، لا يقل سلوكه خطراً وفاعلية عن سلوك ذلك الذى ينضم الى الجانى فى فترة التنفيذ ذاتها ليقاسمه فى هذه الفترة بالذات عملية التنفيذ .

بل لعل التبصير بخبايا المكان أو تقديم السلاح أشد خطراً فى تيسير وقوع الجريمة ، من الانضمام الى الجانى لتنفيذها معه فى ذات لحظة هذا التنفيذ .

وبناء على ذلك ، فانه لا يوجد لا فى منطق الواقع ولا فى منطق القانون ثمة حائل يمنع من اعتبار التعدد قائماً حين يوجد مع الفاعل شريك ، فتشدد

العقوبة على كل منهما لذات الحكمة التى تقتضى التشديد حين يوجد مع الفاعل فاعل مثله .

وشد أزر الجانى بأى أسلوب يشتد به ساعده ، معنوياً كان هذا الأسلوب أو مادياً ، يحيط وقوع الجريمة بضمان لا وجود له حين تقع على يد شخص منفرد وتنحصر فى هذا الشخص بواعثها ومقدماتها .

ولأن التآزر بين أكثر من شخص فى المقاصد الاجرامية يكفل لهذه المقاصد نفاذاً ويجعلها أدنى الى التحقيق العملى مما لو كانت تساور شخصاً فرداً بدون مؤازرة له من أحد ، فقد اقتضت السياسة الجنائية أن يجعل ذلك التآزر ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة اذا ما كان له فى وقوع هذه الجريمة دور .

وهذه الحكمة من التشديد تتوافر لمجرد أن يكون وقوع الجريمة راجعاً الى نشاط أكثر من شخص واحد ، أيا كان وقت نشاط كل ، وأيا كان مكان هذا النشاط ، وأيا كانت صورته ، ما دام له فى تسبيب الجريمة نصيب سواء على نحو مادى أو على نحو معنوى .

وقد بدأ القضاء الفرنسى من زمن بعيد يسير فى ذلك الاتجاه ، وان كان لم يساير فيه منطق التشديد الى نهاية مداه .

وآية ذلك ، ما قررته محكمة النقض الفرنسية فى تفسير المادة ٣٨١ من قانون العقوبات الفرنسى وهى تنص على أن عقوبة السرقة تشدد اذا ارتكب السرقة شخصان فأكثر . (وتقابل المادة ٣١٧ من قانون العقوبات المصرى) .

فقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن التعدد كظرف مشدد يلزم لتوافره أن يوجد مع الفاعل لا مجرد شريك وانما فاعل آخر [1] .

---

(١) جارسون – ا لجزء الأول – فى التعليق على المادة ٦٠ ع . ف . فقرة ٤٠ من ٥٧

غير أنها أدركت أن التزام هذا الشرط من شأنه أن يفلت عملا من العقوبة المشددة من كان فى الواقع حقيقاً بها ، فتوسعت فى معنى الفاعل حتى شمل من كان فى الأصل شريكاً (١) ، واعتبرت فاعلا فى السرقة من يقتصر على التربص فى مكان تنفيذها حتى يفرغ فاعلها من هذا التنفيذ وكذلك من يساعد السارق فى الأعمال المعاصرة للسرقة والمتممة لها والتى لا تدخل فى الفعل التنفيذى المكون لها ، وقضت بأن عقوبة السرقة تشدد على الحالين باعتبار أن السرقة وقعت من فاعلين لا من فاعل ومحض شريك (٢) .

وعند هذا الحد وقفت محكمة النقض الفرنسية .

فهى لا تعتبر التعدد قائماً الا حين يوجد مع السارق من يساعده فى تنفيذ السرقة مساعدة معاصرة لهذا التنفيذ ، فيعتبر بهذه المساعدة مشتركاً معه فى صفة الفاعل كذلك .

أما من يساعد السارق مساعدة سابقة على تنفيذ السرقة ، أو من يقتصر على الاتفاق معه أو تحريضه عليها ، فلا يكفى وجوده لتحقيق معنى التعدد المشدد للعقاب .

وفى هذا يتفق جارسون مع محكمة النقض الفرنسية . فهو لا يرى للتشديد داعياً الا اذا وجد مع السارق مساعد معاصر لتنفيذ السرقة .

غاية الأمر ، يختلف معها فى أنه لا يرى نعت هذا المساعد بوصف الفاعل . فيذهب جارسون الى ابقاء صفة الشريك لصيقة به حسب الأصل ، واعتبار الظرف المشدد قائماً بوجوده ، على اعتبار أن المادة ٣٨١ التى شددت العقوبة حالة ارتكاب السرقة من شخصين أو أكثر ، انما تسمح صياغتها بأن يعتبر من قبيل هذين الشخصين فاعل يوجد معه مساعد معاصر ، ولا تستلزم هذه الصياغة بالضرورة أن يوجد مع الفاعل من هو فاعل مثله (٣) .

(١) جارو — الجزء الثالث — فقرة ٩٣٢ — فيدال ومانيول الجزء الأول فقرة ٤٠٧ ، ٤٢٠

(٢) جارسون المرجع السابق فى الموضع السالف فقرة ٤١ ، ٤٢

(٣) جارسون — الموضع السابق فقرة ٤٧

أما اذا وجد مع الفاعل مساعد غير معاصر ، بأن قدم له مساعدة سابقة على لحظة التنفيذ ذاتها ، فان القول بقيام التعدد على أساس وجوده ، لا يتفق مع صياغة النص فى اشتراطها أن ترتكب السرقة من شخصين على الأقل ، ومن ثم فتشديد العقوبة على أساس أن وجوده يحقق التعدد ، يكون فيه معنى تحميل صياغة النص بأكثر مما تحتمل .

ذلك هو الحد الذى وقف عنده كل من الفقه والقضاء الفرنسيين . والوقوف عنده – على ما رأينا – لا يتفق مع الحكمة فى تشديد العقوبة على التعدد ، لأن هذه الحكمة قائمة سواء أكان من وجد مع الفاعل فاعلا مثله أو كان مساعداً ، وسواء أكانت المساعدة سابقة أو معاصرة ، بل وحتى لو وجد مع الفاعل مجرد متفق أو محرض .

وما قصر القضاء والفقه الفرنسيان عن تحقيقه ، قد حققه القانون الايطالى .

فبعد أن كانت المادة ٤٠٤ من القانون الايطالى القديم تشترط لتشديد عقوبة السرقة بسبب التعدد ، أن تقع السرقة بين ثلاثة أشخاص أو أكثر مجتمعين ، صيغت المادة ٦٢٥ من القانون الحالى صياغة مختلفة اذ أزيلت منها كلمة « مجتمعين » ، بقصد أن يتقرر تشديد العقوبة لمجرد أن أكثر من شخص ساهم فى السرقة ، ولو لم يجتمع المساهم مع السارق فى وقت تنفيذها ، وبالتالى لكى توقع عقوبة السرقة مشددة حتى اذا كان من تداخل فى السرقة مع السارق هو مجرد متفق أو محرض [1] .

وجاء فى تقرير رئيس اللجنة الوزارية التى أعدت القانون أن سبب تشديد العقوبة عند تعدد المساهمين ، هو أن وجود قوى متضافرة فى الجريمة يضاعف فاعلية النشاط الاجرامى ويقلل من القدرة على مقاومته ، الأمر الذى يتحقق حتى اذا كان منظمو الجريمة أى أصحاب العقول المدبرة للفعل الاجرامى ، بعيدين عن مسرح التنفيذ [2] .

---

(١) Manzini "Diritto Penale Italiano" الجزء التاسع – طبعة ١٩٥٢ – ص ٢٤٦ ، ص ٢٤٥ الجنائى الايطالى» .

(٢) تراجع ص ٥٣٤ من التقرير .

وتطبيقاً لحكم المادة المذكورة ، وهى لا تختلف فى صياغتها الحالية عن نظيرتها فى القانونين المصرى والفرنسى ، قضت محكمة النقض الايطالية بأن عدد الأشخاص الذين تشدد العقوبة بتوافرهم ، يدخل فى تكوينه المساهمون فى الجريمة بأفكارهم [1] ، وكذلك المحرض الغائب عن مكان تنفيذها [2] ، ومن رسم خطتها أو دل على مكانها [3] .

بل ان التعدد كظرف مشدد يتوافر بتواجد أكثر من سارق واحد فى مكان ما بدون تفاهم سابق بينهم على السرقة من هذا المكان ، متى تحقق بينهم الاتفاق على السرقة منه فور تلاقيهم فيه واحساس كل منهم بوجود الآخر معه ، وانصراف ارادته فى تلك اللحظة بالذات الى ما يتطابق مع ارادة هذا الآخر ، ولو لم ينعقد بينهم قرار مشترك حول توزيع حصيلة السرقة فيما بينهم .

فكما أن الاتفاق بين أكثر من شخص على الجريمة يتحقق قبل تنفيذها فانه قد لا يتوافر الا أثناء هذا التنفيذ ، ومع ذلك يعتبر رباطاً كافياً فى نعت الجريمة المنفذة بأنها واحدة على الرغم من تعدد المنفذين ، وفى اعتبار تعددهم ظرفاً مشدداً للعقوبة عنها .

ولا يتصور أن يطرأ اتفاق على الجريمة بعد البدء فى تنفيذها من جانب شخص ما ، الا اذا كان هذا التنفيذ لم ينته بعد . فيكفى أن يقدم آخر قبل نهاية التنفيذ ليساهم فيه بقسط مع من سبقه اليه كى نتصور قيام رابطة ذهنية معنوية بينهما تحقق الاتفاق على ذات الجريمة الجارى تنفيذها .

فحتى فى هذه الحالة ، وعلى الرغم من تخلف التفاهم السابق ، يكفى الاتفاق الطارىء فى لحظة التنفيذ بالذات ، للقول بوجود تعدد فى المساهمين يشدد على كل منهم عقوبة الجريمة [4] .

---

(١) نقض ايطالى ١٦ يوليو ١٩٣٧ (مجلة العدالة الجنائية ١٩٣٨ ، عدد ٢ ، ١٢٤) .

(٢) نقض ايطالى ٣٠ ديسمبر ١٩٣٦ – المجلة السابقة ١٩٣٧ عدد ٢ ، ١٤٤٤)

(٣) نقض ايطالى ١٤ يوليو ١٩٣٣ – المجلة السابقة ١٩٣٤ عدد ٢ ، ٣٣١) .

(٤) مانتسينى المرجع السابق فى الموضع السالف ص ٢٤٧ ، ص ٢٤٨

وفى هذه الخصوصية بالذات ، يتفق الفقه الفرنسى مع الفقه الايطالى فيرى جارو أن ارتكاب السرقة من رعاع فى نفس الوقت ، يحقق فيها التعدد كظرف مشدد للعقوبة [1] .

على أن ما يعنينا فى كل ما تقدم ، هو أن التعدد حسب الحكمة التى جعل بسببها ظرفاً مشدداً للعقاب ، يتوافر سواء وجد مع الفاعل آخر مثله أو وجد معه مجرد شريك ، أيا كانت صورة الاشتراك . وهذا هو المنطق الذى تمشى معه القانون الايطالى الى النهاية ، والذى تنهار بسببه أول دعامة أقيمت عليها أهمية التفرقة بين الفاعل والشريك .

عن الوجه الثانى

قلنا ان القانون يجعل للشريك فى بعض الأحيان عقوبة أخف من عقوبة الفاعل كما فعل قانوننا المصرى فى صدد المشتركين فى القتل المستوجب عقوبة فاعله بالاعدام ، اذ قرر لهم بمقتضى المادة ٢٣٥ عقوبة الاعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة .

وقد يكون هذا مبرراً للتفرقة بين الفاعل والشريك ، أى لابد للاستفادة من تخفيف العقوبة أن يكون المساهم شريكاً لا فاعلا ، وأن يثبت قيام هذه الصفة فيه .

غير أن التفرقة بين الفاعل والشريك فى سبيل الاستفادة بالتخفيف ، يكون لها مبررها فى هذا الصدد ، لا لأنها فى ذاتها لازمة من ناحية المنطق القانونى والسياسة الجنائية ، وانما لأن القانون قد أقامها وقررها بصفة عامة ثم التزمها وجرى على نهجها فى ذلك المجال الخاص .

---

(١) جارو — جزء ٦ — ص ٢٣٣ — ويفهم من حكم لمحكمة النقض المصرية أنها ليست من هذا الرأى نقض ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة النقض ١ رقم ٢٩ ص٥٦) — أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى « شرح قانون العقوبات فى جرائم الأموال » ص ٧٩ ، ص ٨٠

فقد كان يمكن أن يصل القانون الى ذات الهدف الذى ابتغاه بالمادة ٢٣٥ بأن يقرر عن جريمة القتل عقوبة مخففة لصالح من كان له فى هذه الجريمة دور ثانوى دون حاجة الى تسمية صاحب هذا الدور شريكاً .

والحق أن اطلاق اسم الشريك على من يستفيد بالتخفيف طبقاً لتلك المادة مؤداه أن ينتفع بالتخفيف حتى من كان غير جدير به ، وذلك لمجرد أنه شريك ، وحتى لو كان له فى القتل دور رئيسى لا ثانوى .

فليس بلازم أن يكون دور الشريك ثانوياً .

فقد يكون له فى الجريمة دور رئيسى يتنافى مع استحقاقه التخفيف المقرر قانوناً لصالحه .

ويكفى للتدليل على ذلك ، أن نسوق على سبيل المثال حالة من يؤجر فى سبيل القتل سفاحاً مرتزقاً Sicaire فهو يقتصر على تقديم الأجرة الى الأجير السفاح ، وأما تنفيذ القتل فلا يجرى على يديه هو وانما على يد هذا الأجير .

فمقدم المال فى هذا المثال ، محرض يصدق عليه وصف الشريك ومقتضى تقرير التخفيف لصالح كل شريك ، أن ينال عقوبة أخف من عقوبة السفاح الأجير ، لأنه الشريك فى حين أن هذا السفاح هو الفاعل ، مع أنه لولا ما قدمه من مال الى هذا الأجير ما كان يقع القتل ، وعلى الرغم من أن دوره فى القتل كان بالتبعية دوراً رئيسياً .

واذن فالمادة ٢٣٥ من قانون العقوبات معيبة فى صياغتها وبالتالى فى الحكم الذى تضمنته هذه الصياغة .

وصياغتها معيبة لأنها تجرى على نهج معيب هو التفرقة بين من يسمى بالفاعل وبين من يسمى بالشريك .

وقد كان الأجدى أن تستغنى عن معيار الشريك والفاعل وأن تضع للعقوبة شدة وضعفاً ، معياراً آخر هو معيار الصفة الرئيسية أو الثانوية فى الدور الذى أداه المساهم .

وليس أقطع فى الدلالة على صواب هذا النظر ، من أن القانون نفسه جعل للشريك فى مواضع أخرى منه عقوبة أشد لا أخف من عقوبة الفاعل على اعتبار أن له دوراً رئيسياً اقتضى تشديد عقوبته ، بل تطلب أن تكون أكثر من عقوبة الفاعل شدة .

هذا ما فعله القانون حين حدد فى المواد ١٢٤ ، ١٢٤ (١) ، ٣٧٤ عقوبة من يحرض الموظفين والمستخدمين العموميين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة ، على الامتناع عن أداء وظائفهم ، اذ جعلها ضعف عقوبة هؤلاء أنفسهم .

وهذا ما فعله كذلك فى المواد ١٣٨ ، ١٤٠ ، ١٤٢ حين جعل عقوبة من يساعد مقبوضاً عليه على الهرب أشد من عقوبة الهارب نفسه .

أليس هذا دليلا على أن العبرة فى تحديد درجة العقوبة شدة وضعفاً ليست بكون المساهم فى الجريمة فاعلا أو شريكاً ، وانما هى بكون الدور الذى يؤديه رئيسياً أو ثانوياً ؟

لا شك فى أن ذلك هو المعيار الحقيقى ، وفى أن هذا المعيار هو الواجب ارساؤه قانوناً عوضاً عن التفرقة بين الفاعل والشريك ، على ما سيبين فيما سيأتى .

يضاف الى ذلك ، أن القانون نفسه رغم تفرقته بين الفاعل والشريك ، قرر فى المادة ٤١ منه قاعدة عامة هى التسوية بينهما أصلا فى العقوبة ، اذ نص فى هذه المادة على أن من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ، الا ما استثنى قانوناً بنص خاص .

فالشريك فى نظر القانون اذن ، يأخذ حكم الفاعل فى العقوبة المستحقة عن الجريمة المرتكبة ، الا حيث يجعل له القانون عقوبة مغايرة .

ولم يتبق بعد هذا غير قليل فى سبيل القول بأن الشريك فى حقيقته فاعل ، والواقع أنه كذلك فعلا .

فكل من يساهم فى الجريمة فاعل فيها أيا كانت مساهمته ، ومن أجل ذلك يستحق العقوبة المقررة لها ، ما لم يكن له فيها دور رئيسى يستدعى تشديداً أو دور ثانوى يتطلب تخفيفاً .

والصفة الرئيسية أو الثانوية فى دور المساهم ، هى التى قصدها القانون حين أردف ديباجة المادة ٤١ فى تسويتها بين الفاعل والشريك من حيث العقاب بعبارة « الا ما استثنى قانوناً بنص خاص » .

ومن ذلك يتضح أنه فى سبيل تحديد العقوبة التى يستحقها المساهم فى الجريمة لا تجدى التفرقة بين الفاعل والشريك ، وانما الأجدى فى ذلك الاستغناء عن هذه التفرقة بمعيار آخر .

هذا المعيار الآخر هو الصفة الرئيسية أو الثانوية فى الدور الذى أداه المساهم .

ومهمة تحديد هذه الصفة اما أن يتولاها القانون واما أن تترك الى السلطة التقديرية للقاضى حين يحدد للمتهم فى الجريمة عقوبته عنها بين الحدين الأدنى والأقصى المقررين أصلا لهذه العقوبة ، وحسب ظروف الواقعة المعروضة عليه ودور كل مساهم فيها .

وبذا تنهار الدعامة الثانية التى أراد أنصار التفرقة بين الفاعل والشريك أن يقيموا عليها أهمية هذه التفرقة .

عن الوجه الثالث

قيل ان الظروف الخاصة بالفاعل لا تسرى أحياناً على الشريك وان هذا يجعل للتفرقة بين الفاعل والشريك أهمية عملية .

ولكن التفرقة بينهما لا مبرر لها حتى من هذه الناحية وهو ما سيبين الآن من كلامنا عن الظروف المحيطة بارتكاب الجريمة .

هذه الظروف جرى قانون العقوبات المصرى على تقسيمها الى فئات أربعه ورد ذكرها صراحة فى نص المادة ٣٩ الخاصة بوجود فاعل مع فاعل ونص المادة ٤١ الخاصة بوجود شريك مع فاعل .

هذه الفئات الأربعة كما عبر عنها القانون فى هاتين المادتين ، هى الأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة ، والأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير العقوبة ، والأحوال التى تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة ، والأحوال التى تغيره باعتبار كيفية علمه بها .

وان كان قد ورد ذكرها جميعها فى المادة ٣٩ ، الا أن المادة ٤١ ، ذكرت منها ثلاثة ، وسكتت عن ذكر احداها وهى فئة الأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير العقوبة . هذه الأحوال جاء ذكرها فى المادة ٣٩ الخاصة بوجود فاعل مع فاعل وانما أغفلتها المادة ٤١ الخاصة بوجود شريك مع فاعل .

وأضاف الشراح الى هذه الفئات الأربعة من الظروف فئة لم يرد لها فى نص المادتين ذكر صريح ، وانما استخلصوا وجودها بمفهوم المخالفة من هذا النص . ذلك لأنه اذ تتناول المادتان الأحوال الخاصة بالفاعل سواء اقتضت تغيير وصف الجريمة أو تغيير العقوبة أو تعلقت بقصده أو بكيفية علمه ، يستفادمنها بمفهوم المخالفة وجود أحوال خاصة لا بالفاعل انما بالفعل.

هذه الأحوال الخاصة بالفعل سماها الشراح بالظروف المادية أو العينية (١) تمييزاً لها عن الفئات الأربعة المذكورة الواردة فى نص المادتين صراحة ، والتى سميت بالظروف الشخصية تبعاً لكونها — كما هو واضح — متعلقة كلها بشخص الفاعل ، لا بالفعل .

والآن نتكلم عن الظروف الشخصية ثم عن الظروف العينية .

أما عن الظروف الشخصية فهناك فئات ثلاثة منها لا يختلف فيها حكم المادة ٣٩ عن حكم المادة ٤١ ، بمعنى أنها اذا توافرت فى الفاعل ، فان أثرها لا يمتد الى مساهم غيره سواء أكان هذا المساهم فاعلا أو كان شريكاً ، لأن هذا ما تقرره المادة ٣٩ حالة كون من يوجد مع الفاعل فاعلا ، وهو ما تقرره كذلك المادة ٤١ حالة كون من يوجد مع الفاعل شريكاً .

ونعنى بهذه الفئات الثلاثة من الظروف الشخصية التى لا يمتد أثرها الى غير من توافرت به ، الأحوال التى تقتضى تغيير العقوبة ، والأحوال المتعلقة بالقصد ، والأحوال المتعلقة بكيفية العلم .

فالأحوال التى تقتضى تغيير العقوبة مثالها حداثة السن والعود . فاذا كان الفاعل حدثاً صغيراً وكان معه فاعل آخر من الكبار ، أو كان الشريك معه كبيراً ، فان هذا المجرم الكبير الضالع مع الحدث ، فاعلا كان أم شريكاً لا يمكن أن تخفف له عقوبته لسبب غير قائم فيه وانما فى الآخر وحده ، ونعنى بهذا السبب حداثة السن . وبالمثل ، لو أن الفاعل كان قديم العهد بالاجرام وله فيه باع طويل ، وساهم معه فى جريمته مجرم مبتدىء سواء أكان بهذه المساهمة فاعلا معه أم محض شريك ، فانه لا يسوغ أن تشدد العقوبة على هذا المبتدىء لسبب ليس قائماً فيه وانما فى الآخر وحده ، ونعنى بهذا السبب العود الى الاجرام .

---

(١) أنظر الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد — طبعة ١٩٥٧ ، ص ٣٠٧ — وشرح قانون العقوبات للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى — طبعة ١٩٥٥ ، ص ٢٥٠

هذا هو حكم المادة ٣٩ فى حالة وجود فاعل مع الفاعل . وقد ذكرته هذه المادة صراحة . وهو كذلك حكم المادة ٤١ فى حالة وجود شريك مع الفاعل ، وهى لم تذكر هذا الحكم صراحة لأنها لو كررته بعد ما جاء فى المادة ٣٩ لكان ذكره فيها من النوافل .

والأحوال المتعلقة بالقصد وكيفية العلم لها هى الأخرى ذات الحكم سواء فى المادة ٣٩ أو فى المادة ٤١ ، فلا يمتد أثرها من الفاعل ، لا الى فاعل آخر معه ، ولا الى شريك . أثرها اذن قاصر على من توافرت فيه .

مثال الأحوال المتعلقة بالقصد أن يضرب زيد وعمرو بكراً ، وفى أثناء الضرب أو قبله تصح نية عمرو على قتل بكر بينما يلتزم زيد نية ضربه فقط ، فيضربه عمرو ضربة قاتلة تقضى عليه . هذا مثال لقتل وجد فيه مع الفاعل فاعل آخر . غير أن القاتل عمرو توافر لديه قصد ازهاق روح بكر بينما كان هذا القصد متخلفاً لدى زيد المساهم معه فى ضرب بكر ، ومن ثم يؤاخذ عمرو عن قتل بينما لا يؤاخذ زيد الا عن ضرب .

ومن قبيل الأحوال المتعلقة بكيفية العلم ، أن يخفى زيد وعمرو ملابس مملوكة لبكر بأن يحوز كل منهما جانباً منها فى منزله ، ويعلم عمرو أنها متحصلة من سرقة وقعت على بكر بالاكراه ، فى حين أن زيداً يجهل هذا الظرف ويظن الملابس متحصلة من سرقة عادية . فهنا يوجد فى الاخفاء فاعلان لا فاعل واحد ، ومع ذلك يعاقب أحدهما وهو عمرو بعقوبة جناية السرقة لأنه مأخوذ بعلمه الشخصى ، فى حين أن زيداً لا ينال عن الاخفاء سوى عقوبة الجنحة تبعاً لتخلف ذلك العلم لديه (م ٤٤ ع بالاضافة الى المادة ٣٩) .

وما يصدق على العلاقة بين فاعل وفاعل ، يسرى كذلك على العلاقة بين فاعل وشريك .

فلو أن زيداً حرض عمرو على ضرب بكر مساساً بسلامة جسمه فحسب فنفذ عمرو هذه الجريمة المحرض عليها ، غير أنه طرأت لديه وهو يضرب

بكراً نية ازهاق روحه فقتله . فان زيداً كشريك بالتحريض لا يسأل الا عن اشتراك فى ضرب (أو على أسوأ الفروض فى ضرب أفضى الى موت) وأما القتل العمد فلا يسأل عنه سوى عمرو .

ولو أن زيداً آجر منزله الى عمرو عالماً بأن هذا الأخير سيستخدمه فى تخزين المسروقات ، ثم جاء عمرو الى المنزل المؤجر بغنيمة من جناية سطو فى الطريق العام حدثت بعلمه هو وبدون علم من زيد، فان زيداً يعتبر شريكاً بالمساعدة فى اخفاء ويعاقب على ذلك بعقوبة الجنحة ، فى حين أن عمرو فاعل الاخفاء يعاقب عليه بعقوبة جناية السطو لعلمه بأن هذه الجناية مصدر الأشياء موضوع الحيازة .

وهذا ما عنته المادة ٤١ فى صدد الشريك مع الفاعل ، أسوة بما قررته المادة ٣٩ فى صدد الفاعل مع الفاعل ، حين نصت فى فقرتها « ثانياً » على أنه « اذا تغير وصف الجريمة نظراً الى قصد الفاعل منها أو كيفية علمه بها ، يعاقب الشريك بالعقوبة التى يستحقها لو كان قصدالفاعل من الجريمة أو علمه بها كقصد الشريك منها أو علمه » .

لم تبق من الظروف الشخصية سوى الفئة الرابعة وهى فئة الأحوال الخاصة بالفاعل والتى تقتضى تغيير وصف الجريمة .

وهذه هى الفئة الوحيدة التى جاء نص المادة ٤١ فيها مختلفا عن نص المادة ٣٩

فالمادة ٤١ نصت على أنه «لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة اذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال » .

ويستفاد منها أنه اذا كان الشريك عالماً بالأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة ، فان هذه الأحوال تؤثر عليه . . .

هذا ما قررته المادة ٤١ فى فقرتها الأولى ، وفيما يتعلق بالصلة بين الفاعل والشريك .

أما المادة ٣٩ وهى تحكم الصلة بين الفاعل والفاعل فقد قررت حكماً مغايراً اذ نصت على أنه « ومع ذلك اذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها الى غيره » .

ومعنى ذلك أن أثر هذه الأحوال لا يتعدى من فاعل الى آخر حتى اذا كان هذا الفاعل الآخر عالماً بها ، مع أنه لو كان شريكاً ، لكان أثرها فى حالة العلم يمتد اليه ، على ما قررته المادة ٤١

فلو أن زيداً ارتكب سرقة من منزل مخدومه ، وكان معه فى هذه السرقة فاعل آخرهو عمرو اختلس معه من أموال المخدوم ، فان عمرو لا ينطبق على سرقته الوصف الخاص بسرقة الخادم ولا تشدد عليه العقوبة لأنه ليس خادماً فى المكان المسروق ، فى حين أن زميله زيداً يصدق على سرقته هذا الوصف وتشدد عليه العقوبة . أما اذا اقتصر عمرو على مساعدة زيد بأداة أو آلة استخدمها هذا فى السرقة ، أو لم يتعد الاتفاق معه على السرقة أو مجرد تحريضه عليها ، فانه متى كان عالماً بصفة زيد كخادم فى المكان المسروق ، يستحق عن الاشتراك فى السرقة ذات العقوبة المشددة على الفاعل بسبب صفة الخادم ، مع أنه حين يكون فاعلا مع هذا الفاعل لا مجرد شريك ، لا يستحق العقوبة المشددة بسبب تلك الصفة ولو كان عالماً بها . وبذا يكون مصيره كشريك اقتصر على الاعداد للسرقة أو على مجرد الاتفاق أو التحريض عليها ، أسوأ من مصيره حين تمتد يده الى المال بالاختلاس ويكون فى السرقة فاعلا .

ولغرابة هذه النتيجة ، رأى بعض الشراح المصريين (١) الأخذ بالرأى السائد فى الفقه الفرنسى ومفاده أن الفاعل مع غيره يعد فى الوقت ذاته

---

(١) العرابى ص ٥٧ .

شريكاً لهذا الغير ، لأن الأكثر يحمل فى طياته الأقل ، وبالتالى فان الأحوال الخاصة بكل منهما تسرى على الآخر ان كان هذا عالماً بها (١) .

على أن الأخذ بهذا الرأى وان كان يزيل الشذوذ السابق ذكره ، الا أنه يتعارض مع صريح نص المادة ٣٩ من قانون العقوبات وهو يمنع سريان الظرف الخاص بأحد الفاعلين على فاعل آخر منعاً عاماً مطلقاً ، أى حتى لو كان هذا الآخر يعلم بالظرف (٢) .

وأيا كان الأمر فى تفسير هذه الناحية من القانون الكائن ، فان ما أثارته لدى الشراح من استغراب ، له دلالته ومغزاه ، من وجهة نظر القانون الواجب أن يكون . ذلك لأنه ما من شك فى أن الأحوال الخاصة بالفاعل يجب أن يكون أثرها على المساهم الآخر معه واحداً لا يتغير سواء أكان هذا المساهم فاعلا مثله أم شريكاً .

فاما أن يكون الأصل فيها أن تسرى على غير من توافرت فيه بشرط أن يكون هذا الغير عالماً بها — وهذا ما أوصى به المؤتمر الدولى السابع لقانون العقوبات (٣) — واما ألا تسرى مطلقاً على غير من تحققت به .

وفى الحالتين ، أى سواء سرت على غير من توافرت به وانما بشرط ، أو لم تسر مطلقاً على غيره ، فان القاعدة يلزم أن تكون واحدة لا تختلف باختلاف صفة هذا الغير ، ويستوى فيها أن يكون فاعلا أو أن يكون شريكاً .

ومتى كان الأمر كذلك فى صدد الظروف الشخصية التى تقتضى تغيير وصف الجريمة ، أى كان الواجب من ناحية المنطق القانونى أن يكون أثرها على المساهم الآخر واحداً ، سواء أكان هذا المساهم فاعلا أم شريكاً ،

---

(١) جارسون رقم ٦٩ وما بعده .

(٢) أنظر المرجعين السابق ذكرهما للأستاذين الدكتور السعيد مصطفى والدكتور محمود مصطفى ص ٣١٨ ، ص ٣١٩ فى الأول ، ص ٢٥١ فى الثانى .

(٣) أنظر توصيات المؤتمر وهى منشورة فى مقال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى عن فكرة الفاعل والشريك فى الجريمة بالمجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٥٨ — ص ٢٢ وما بعدها .

وكان المقرر حالياً وفعلا فى القانون الكائن هو عدم سريان الظروف الشخصية المعدلة للعقوبة والمتعلقة بالقصد وبكيفية العلم على غير من توافرت به ، فاعلا كان هذا الغير أو شريكاً ، فانه ينبنى على ذلك عدم بقاء أى محل للتفرقة بين من هو من المساهمين فاعل ومن هو شريك .

وهذا الذى اتضح من الكلام على الظروف الشخصية ، يستبين كذلك من علاجنا للظروف العينية أو المادية .

فهذه الظروف تتعلق كما قلنا بمادة الفعل لا بشخص الفاعل مثل ظرف الليل والكسر وحمل السلاح والاكراه فى السرقة .

وقد أجمع الشراح فى تفسيرهم لنص المادتين ٣٩ ، ٤١ ، على أن هذه الظروف متى توافرت ، تسرى على كل مساهم فى الفعل ، فاعلا كان أم شريكاً ، علم بها أم لم يعلم .

ويستقون هذه القاعدة من المادتين المذكورتين وما يستفاد منهما بمفهوم المخالفة ، لأنهما وقد استبعدتا تأثير الظروف الشخصية الخاصة بالفاعل على مساهم آخر غيره ، دلتا بذلك على أن غيرها من الظروف يؤثر ، بمعنى أن الظروف المادية أو العينية ، يمتد على العكس أثرها من الفاعل الى كافة المساهمين معه فى الفعل أيا كانت صفتهم . وقرروا أن الحكمة من ذلك ، هى أن تلك الظروف بحكم اتصالها بالفعل تعتبر جزءاً من الجريمة وتدخل فى المخاطر التى ارتضى المساهمون فى الجريمة تحملها (١) .

ذلك حكم القانون المصرى فى الظروف المادية أو العينية .

والمؤتمر الدولى السابع لقانون العقوبات ، أوصى بما يخالف هذا الحكم اذ تطلب حتى فى الظروف المادية أو العينية ، أن يكون المساهم مع الفاعل

---

(١) أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى ص ٢٨٢ ، ص ٣٠٧ ، ومؤلف الأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٢٣٣ ، ص ٢٥٠

عالماً بها فى سبيل أن تسرى عليه ، سواء أكان هذا المساهم فاعلا هو الآخر أم شريكاً .

فبينما القانون المصرى يقضى بامتداد أثر تلك الظروف من الفاعل الى كافة المساهمين بدون قيد أو شرط ، فان المؤتمر الدولى السابع للقانون الجنائى يوصى بعدم انسحاب أثرها الا على من يعلم بها .

وكل من المبدأين ، المبدأ المعمول به ، والمبدأ الموصى به ، لا يقيم من حيث حكم الظروف المادية أية تفرقة مبناها صفة المساهم .

فسواء سرت تلك الظروف عملا بالمبدأ الأول ، أو لم تسر الا فى حالة العلم بها عملا بالمبدأ الثانى ، فانه يستوى فيمن تسرى عليه أن يكون فاعلا أو شريكاً .

ومن ثم تفقد التفرقة بين الفاعل والشريك الأهمية العملية لها ، من ناحية الظروف المادية أو العينية .

وما قلناه فى صدد ظروف الجريمة شخصية كانت أم مادية ، له نظيره كذلك فيما يتعلق بأسباب الاباحة الخاصة وانتفاء القصد الجنائى وموانع المسؤولية العقابية ، وأسباب الاعفاء من المسئولية .

فتنص المادة ٤٢ على أنه « اذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الاباحة أو لعدم وجود القصد الجنائى أو لأحوال أخرى خاصة به ، وجب مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً » .

ومقتضى هذه المادة أن توافر سبب من أسباب الاباحة خاص بالفاعل ، لا تمنع من عقاب الشريك رغم رفعه عقوبة الفاعل .

فلو أن زيداً أوغر صدر بكر ضد ابنه الصبى خالد ، ذاكراً له عن خالد أموراً لم تحدث فى سبيل أن يصفع بكر ابنه خالد ويضربه ، بسبب غيرة زيد الكبير من خالد الصغير وتنافسهما معاً فى المدرسة . فان الصفع

أو الضرب الواقع على خالد من أبيه بكر ، مادام لم يترك أثراً وحدث بقصد التأديب ، يعتبر فعلا مباحاً لا جريمة فيه ، فى حين أن التحريض الذى صدر من زيد يعاقب عليه بوصفه اشتراكاً فى ضرب .

ولو أن زيداً أبلغ بكراً مأمور الضبط بوجود مخدرات فى منزل خالد توصلا الى تفتيش مسكن هذا الأخير نكاية فيه ، ودخل فى روع بكر صدق هذا البلاغ ، فقام بالتفتيش فعلا بعد استئذان النيابة ، غير أنه لم يجد مخدرات ما ، فان زيداً لا يعفيه من عقوبة الاشتراك فى جريمة دخول منزل شخص فى غير الأحوال المبينة فى القانون ، التعلل بأن هذا الدخول قد حدث ممن يملكه وهو بكر مأمور الضبط ، لأنه اذا كان الدخول فى منزل خالد مباحاً لبكر كموظف عمومى رغم أن الجريمة المقول بحدوثها فى هذا المنزل وهمية ، فان هذه الاباحة لا يمتد أثرها الى مسلك زيد فيظل هذا مسؤولا بوصفه شريكاً فى الجريمة وعلى الرغم من أنها بالنسبة للفاعل فعل مباح بالتطبيق للمادة ٦٣ مضافة الى المادة ١٢٨ من قانون العقوبات .

ففى الحالتين يتوافر بالفاعل سبب اباحة نسبى لا مطلق ، أى مقرر لشخص معين بالذات لا للكافة ، وهذا الشخص هو فى الحالة الأولى الوالد باعتباره صاحب حق التأديب ، وهو فى الحالة الثانية مأمور الضبط باعتباره الموظف العمومى المكلف بواجب التحقيق ، وليس لغير الوالد أن يؤدب ، وليس لغير مأمور الضبط أن يدخل منازل الأفراد ليفتش .

فارتفاع وصف الجريمة عن فعل الوالد أو فعل مأمور الضبط ، لا يرفعها عن فعل من كان مساهماً معهما .

هذا عن أسباب الاباحة الخاصة بالفاعل أى الأسباب النسبية المقصور أثرها المبيح عليه شخصياً .

أما ما ذكرته المادة ٤٢ من أسباب أخرى ترفع عن فاعل الجريمة عقابها ، وتبقى هذا العقاب على عاتق الشريك ، فهو عدم وجود القصد

الجنائى لدى الفاعل ، وعدم وجود أهلية الفاعل للعقوبة بسبب الجنون أو صغر السن عن الثانية عشرة ، وأسباب الاعفاء من المسؤولية .

فلو أن طبيباً أراد قتل خصم له تصادف أن نزل بالمستشفى الذى يؤدى هو فيه مهنته ، فسلم الى احدى الممرضات حقنة سامة لتحقن بها هذا المريض على أنها الدواء ، ففعلت الممرضة ما أمرها به الطبيب ومات المريض بفعل السم ، فان الممرضة لا تسأل عن قتل عمد لتخلف قصد القتل لديها بينما يسأل عن هذا القتل الشريك فيه بالتحريض والمساعدة على الفعل المكون له ، أى الطبيب .

ولو أن عاقلا سخر مجنوناً أو صغيراً عن الثانية عشرة فى القاء قنبلة انفجرت وأصابت ضحية أو أكثر ، فان عدم أهلية المجنون أو الصغير لتحمل العقوبة ، وكل منهما فاعل فى الجريمة ، لا يرفع العقوبة مع ذلك عن عاتق شريكهما العاقل .

ولو أن سيدة استعانت بمساعدة شخص فى اخفاء زوجها الفار من وجه القضاء ، فان ارتفاع العقاب عنها لا يمنع من عقاب هذا الشخص .

ذلك ما قضت به المادة ٤٢ ، وهى بدورها لا تبرر فيما قضت به أي تفرقة بين الفاعل والشريك .

ويبين هذا من استعراض الأمثلة السابق ايرادها .

ففى كل مثال وقعت الجريمة بمساهمة شخصين أحدهما ارتفع عنه العقاب لسبب اباحة نسبي أو لعدم وجود القصد الجنائى أو لتخلف الأهلية للعقوبة أو لوجود سبب معفى من المسؤولية ، والآخر حق عليه مع ذلك العقاب . هذا الآخر كان فى الأمثلة المذكورة شريكاً . غير أنه حتى اذا كان فاعلا ، فان وضعه من حيث استحقاق العقاب لا يتغير .

فلو أن الضرب الذى أصاب خالداً لم يقع عليه من أبيه بكر فحسب وانما أصابه من زيد كذلك ، فان الوالد بكراً لا يعاقب ويحل العقاب بالفاعل الآخر زيد .

ولو أن زيداً لم يقتصر على ابلاغ بكر مأمور الضبط بوجود المخدرات فى منزل خالد ، وانما دخل بالفعل هذا المنزل كذلك بحجة اجراء التفتيش فيه ، فان بكراً لا يعاقب لأنه مأمور الضبط ، بينما يستحق زيد العقاب . ولما كانت جريمة دخول منزل شخص من آحاد الناس بغير رضائه فيما عدا الأحوال المبينة فى القانون ، تتطلب طبقاً للمادة ١٢٨ أن يكون فاعلها موظفاً أو مستخدماً عمومياً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عمومية ، فانه لا مناص فى سبيل أن ينال زيد عقابها رغم عدم وجود صفة من هذه الصفات فيه ، أن يعتبر شريكاً لبكر المتحلى بهذه الصفة ، حتى لا يفلت مع هذا الأخير من العقاب . فرغم أنه أتى مع بكر الفعل التنفيذى للجريمة ، لا يتأتى اعتباره فاعلا لتخلف الصفة اللازمة فيه كى يكون كذلك ، فيستلزم الأمر تغيير صفته من فاعل الى شريك فى سبيل ألا ينجو من العقاب ، الأمر الذى يفضح فشل التفرقة بين الفاعل والشريك ويؤكد ضرورة التسوية بين من ساهموا سوياً فى جريمة مشتركة .

ولو أن الطبيب لم يقتصر على تقديم الحقنة السامة للمرضة وانما اشترك معها فى حقن جسم المريض بها بعد تخدير هذا الأخير ، فانه رغم افلات الممرضة من المسؤلية عن القتل العمد يستحق هو عقوبة هذا القتل بوصفه فاعلا فيه لا مجرد شريك . واذن يستوى فى استحقاقه للعقاب أن يكون شريكاً أو فاعلا .

ولو أن العاقل لم يترك المجنون أو الصغير يلقيان القنبلة بمفردهما وانما أمسك بها وألقاها معهما ، فانه رغم ارتفاع العقاب عنهما لتخلف الأهلية اللازمة له ، يستحق هو العقوبة بوصفه فاعلا معهما .فاستحقاقه للعقاب يظل قائماً حتى اذا أصبح بدلا من الشريك فاعلا .

ولو أن من ساعد الزوجة فى اخفاء زوجها أتى معها فى هذا الاخفاء عملا تنفيذياً ، فانه يعاقب كذلك رغم انتفاء عقابها .

فالواضح من كل ما تقدم ، أن ما قررته المادة ٤٢ في العلاقة بين الفاعل والشريك من ناحية سبب الاباحة الخاص أو عدم وجود القصد الجنائي أو عدم وجود الأهلية للعقوبة أو وجود سبب معفي من المسؤولية ، يصدق كذلك علي العلاقة بين الفاعل والفاعل ، حتى أنه لا يبقى بعدئذ أي وجه للتفرقة بين المساهمين تبعاً لما اذا كان الواحد منهم فاعلا أو شريكاً . وتكون القاعدة . أن وجود سبب اباحة خاص بمساهم أو تخلف القصد الجنائي لديه أو تخلف الأهلية للعقوبة أو وجود سبب معفي من المسؤولية ، ليس من شأنه أن يؤثر على مساهم غيره ، فيستحق هذا الغير العقاب .

فعلام التفرقة اذن بين الفاعل والشريك ؟

بقي الكلام على الجريمة المحتملة التى تقع على خلاف الجريمة المقصودة . فقد نصت المادة ٤٣ عقوبات علي أن « من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت » .

والرأى مستقر علي أن الجريمة المحتملة لا يسأل عنها الشريك فحسب في العلاقة بين فاعل وشريك ، وانما يسأل عنها الفاعل كذلك فى العلاقة بين فاعل وفاعل (١) .

فعلام التفرقة اذن بين الفاعل والشريك ؟

قصارى القول ، أن ظروف الجريمة شخصية كانت أو عينية لا وجه للتفرقة في تحديد الأثر المترتب عليها بين من يكون في المساهمين فاعلا وبين من يكون شريكاً . فالشخصية منها لا يمتد أثرها من مساهم الى آخر (٢)

---

(١) أنظر نقض ٨ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ١٨٠ ص ٢٣٤ ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٣٤ جـ ٣ رقم ٢٨٢ ص ٣٧٥ . والمرجع السابق للأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٢٥٠

(٢) سبق أن بينا أن الأحوال الخاصة بالفاعل والتي تقتضي تغيير وصف الجريمة يجب أن يكون أثرها على المساهم الآخر واحداً سواء أكان فاعلا أم شريكاً وذلك بألا تمتد اليه أصلا أو تؤثر عليه بشرط علمه بها .

والعينية يمتد أثرها الى كافة المساهمين طبقاً للقانون المصرى سواء أكان المساهم فاعلا أو شريكاً .

ومن جهة ثانية فان سبب الاباحة الخاص ، وعدم وجود القصد الجنائى وعدم وجود الأهلية للعقاب ، وسبب الاعفاء من المسؤولية ، لا يترتب عليها أثرها كأسباب نافية للعقوبة فى غير الشخص الذى توافرت به ، أيا كانت صفة هذا الشخص فى المساهمة وسواء أكان فيها شريكاً أم فاعلا .

ومن جهة ثالثة فان الجريمة التى تقع مخالفة للجريمة المقصودة مع كونها محتملة الوقوع ، يسأل عنها المساهم فاعلا كان أم شريكاً .

وبالتالى تنهار الدعامة الثالثة التى أريد أن تقام على أساسها التفرقة بين الفاعل والشريك ، اذ القاعدة فى ظروف الجريمة وفى أسباب الاباحة الخاصة وعدم وجود القصد الجنائى وعدم وجود الأهلية للعقوبة ، ووجود سبب معفى من المسؤولية ، ووقوع جريمة محتملة غير مقصودة ، أن امتداد أثر كل أمر من هذه الأمور أو عدم امتداده ، من مساهم الى آخر ، لا يختلف المعيار فيه باختلاف صفة هذا المساهم وهل هو فاعل أو شريك ، الأمر الذى لا تبقى بعده أهمية عملية للتفرقة بينهما .

* * *

على أن فشل التفرقة بين الفاعل والشريك ، لا يرجع الى الأمور المتقدم ذكرها فحسب ، بل يستبين على وجه أوضح من الكلام على معيار التفرقة .

ونتناول الآن هذا المعيار سواء فى القانون المصرى أو القانون المقارن .

ففى القانون المصرى ، جاء فى تعليقات الحقانية على قانون سنة ١٩٠٤ أنه : يكفى لاعتبار ما وقع داخلا فى الأعمال المكونة للجريمة أن يكون هذا العمل كافياً بذاته لاعتبار مرتكبه قد بدأ فى تنفيذ الجريمة ، بحيث يعد شارعاً فيها وفقاً للمادة ٤٥ من قانون العقوبات على فرض أن الجريمة

لم تتم . أما اذا كان العمل الذى ساهم فى الجريمة لا يخرج عن كونه عملا تحضيرياً فلا يعد صاحبه فاعلا أصلياً بل شريكاً متى وقعت الجريمة وتوافرت شروط الاشتراك .

وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على هذا المعيار(١).

غير أنها فطنت الى عدم تواؤمه مع مقتضيات الحقيقة الواقعية فأدخلت عليه تعديلا شبيهاً بذلك الذى سبقتها اليه محكمة النقض الفرنسية من زمن بعيد .

فسبق أن قلنا ان محكمة النقض الفرنسية اعتبرت المساعدة المعاصرة للتنفيذ من قبيل الأفعال التنفيذية التى تجعل صاحبها فاعلا ، ولو لم تكن داخلة فى الأعمال المكونة للجريمة كما حددها نص القانون .

فمن يقف خارج المكان المسروق لحراسة الطريق ، لا يدخل نشاطه فى الركن المادى للسرقة كما وصفه نص القانون ، لأنه لا يختلس المال ولا يبدأ فى هذا الاختلاس . فالأصل أن نشاطه يدخل فى دائرة الاشتراك ويجعله فى السرقة شريكاً بالمساعدة لا فاعلا .

ومع ذلك فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية فاعلا لا شريكاً (٢) . وسايرتها فى النهج نفسه محكمة النقض المصرية (٣) .

---

(١) أنظر فى تطور قضائها مؤلف الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد السالف ذكره ص ٢٧٢ — ص ٢٧٥ — ورسالة الدكتور عبد الفتاح الصيفى فى « التحريض ووضعه من نظرية المساهمة الجنائية » ص ٦٩ وما بعدها . وجرى الفقه على المعيار نفسه — أنظر الأحكام العامة لعلى بدوى طبعة ١٩٣٨ ص ٢٩٩ وما بعدها . وكامل مرسى والسعيد فى شرح قانون العقوبات المصرى الجديد طبعة ١٩٤٦ ص ٢٥٩ وما بعدها وعلى راشد فى مبادىء القانون الجنائى طبعة ١٩٤٨ ص ٣٢٤ وما بعدها .

(٢) أنظر جارسون فى التعليق على المادة ٦٠ من قانون العقوبات الفرنسى ، فقرة ٢٢ وما بعدها ، ٣٩ وما بعدها .

(٣) أنظر نقض ٦ يناير ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية الجزء السابع رقم ٤٨٥ ص ٤٤٧ وكذلك نقض ٦ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٢٧٣ ص ٧٢٣

ولا داعى لإيراد الأحكام العديدة التى أصدرتها محكمة النقض المصرية فى نفس الاتجاه ، وانما يكفينا تسجيل التزامها اياه حتى وقتنا هذا . فقد قررت فى حكم حديث لها أن جريمة القبض على انسان وتعذيبه بدنياً ، يعتبر فاعلين فيها اثنان وجهاً نشاطهما فى مكان تنفيذها لا الى هذا الانسان الذى قبض عليه وعذب ، وانما الى أخيه الذى كان يرافقه وشلت حركته فى سبيل ألا يحول دون حدوث هذا القبض . فرغم أن نشاطهما لم يقع على ذات الشخص المقبوض عليه وانما على شقيق هذا الشخص ، اعتبر كلاهما فاعلين فى جريمة القبض المنصوص عليها بالمادة ٢٨٢ من قانون العقوبات ، لا مجرد شريكين فيها مع من قبض على الشخص المذكور .

وقالت المحكمة فى تسبيب ذلك « ويبين من ذلك أن ما أثبته الحكم فى حق كل من الطاعنين يجعله فاعلا أصلياً فى الجريمة التى دينوا بها ، لأنه ظهر على مسرح الجريمة وأتى عملا من الأعمال المكونة لها مما تدخله فى نطاق الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات ، ومن ثم يكون هذا الوجه من الطعن على غير أساس » (١) .

فمحكمة النقض المصرية ترى فى الظهور على مسرح الجريمة ما يجعل المساهم فيها فاعلا لا مجرد شريك ، وتعتبر نشاطه على هذا المسرح عملا من الأعمال المكونة للجريمة .

ونحن لا نقرها على هذا الرأى لأنها توسع به من دائرة الأعمال المكونة للجريمة ، فى حين أن المقصود بهذه الأعمال تلك التى تدخل فى الركن المادى للجريمة كما وصفه نص القانون .

ومجرد حدوث المساهمة على مسرح تنفيذ الجريمة لا يجعل منها جزءاً من الأعمال المكونة للجريمة ، ما دامت هذه المساهمة لا تتمثل عملا فى جزئية

---

(١) نقض ٢٣ يونيو ١٩٥٩ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجزائية السنة العاشرة العدد الثانى ص ٦٨٢ وما بعدها رقم ١٥٣ .

من جزئيات الركن المادى للجريمة كما حدده نص التجريم ، ولا تعتبر تنفيذاً لهذا الركن فى ذاته أو بدءا فى تنفيذه .

ومن يقف خارج المكان ليحرس زملاءه بينما هم يسرقون فى الداخل ، لا يعتبر نشاطه عملا من الأعمال المكونة لجريمة السرقة ، لأن لهذه العبارة معنى فنيا يحصر تلك الأعمال فى دائرة ما هو داخل فى الركن المادى للسرقة كما وصفه النص الخاص بتجريمها ونعنى به ركن الاختلاس أى امتداد اليد الى مال الغير لسلبه بدون رضاء من صاحبه .

فالذى يتمثل نشاطه فى تنفيذ هذا الركن بالذات هو الذى يعتبر مرتكباً عملا من الأعمال المكونة لجريمة السرقة .

أما اذا كان نشاطه خارجاً عن نطاق الركن المادى للسرقة فلا يعتبر من الأعمال المكونة للسرقة ، وان كان من الأعمال اللازمة لتنفيذها .

وهناك فرق ظاهر بين العمل الذى ينفذ السرقة وبين العمل اللازم فى سبيل أن تنفذ .

فالعمل الأول هو الذى يصح اعتبار صاحبه فاعلا . أما العمل الثانى فصاحبه ليس فاعل الجريمة وان كان يصح اعتباره فعالا فيها .

والمساهم على مسرح الجريمة سمته محكمة النقض فاعلا ، وحقيقة الأمر أنه فعال فى الجريمة وان لم يكن فاعلها .

أما اعتباره فاعلا والوصول الى حد القول مع محكمة النقض بأن نشاطه عمل من الأعمال المكونة للجريمة ، فأمر يغير حقيقة المقصود بهذه الأعمال فى التعريف بالفاعل طبقاً للمادة ٣٩ ، وينزل بالتبعية الخلل فى مجالات أخرى يكون المعول عليه فيها هو بالذات تحديد نطاق هذه الأعمال . ومن قبيل هذه المجالات ، مجال الشروع . فالشروع كما عرفته المادة ٤٥ هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة . والاجماع منعقد على أن المواد

بالبدء فى التنفيذ هو إتيان نشاط يؤدى حالا ومباشرة الى الركن المادى فى الجريمة كما حدده نص القانون ، أى يفضى مباشرة الى عمل من الأعمال المكونة لها كما بينها هذا النص . ولو اعتبر نشاط من يتجول خارج المكان المراد سرقته فى أثناء تنفيذ السرقة بداخله ، عملا من الأعمال المكونة للسرقة جريا على منطق محكمة النقض ، فان النتيجة التى تترتب على هذا الاعتبار أن من يأتى عملا يفضى مباشرة الى هذا التجوال ، يكون نشاطه معنى الشروع فى السرقة ، بحيث أنه اذا ضبط وهو على هذه المرحلة من السلوك وكانت لديه نية السرقة ، يعاقب على شروع فى سرقة . وواضح وجه الخطل فى القول بذلك .

ثم ان اعتبار التجوال خارج المكان لحراسة من يسرقون فى داخله ، عملا من الأعمال المكونة للسرقة ، يضيف الى الركن المادى لها ما لم يذكره نص القانون ، اذ اقتصر هذا النص على تعريف السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير (م ٣١١ ع) .

واعتبار الامساك بشخص غير من يراد القبض عليه فى سبيل شل حركته وتيسير القبض على الشخص المقصود ، عملا من الأعمال المكونة لجريمة القبض ، أمر يدخل فى الركن المادى لهذه الجريمة ما ليس فيه ، اذ يتمثل هذا الركن كما حددته المادة ٢٨٢ فى سلوك « من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية » ، وبديهى أن المراد بذلك هو الامساك بالشخص المقصود بالقبض والتهديد بالقتل ، أو بالقبض والتعذيب البدنى ، لا الامساك بشخص غيره .

اذن فمن سمته محكمة النقض فاعلا بسبب ظهوره على مسرح الجريمة ، ليس فى حقيقته فاعل الجريمة ولو أنه فعال فيها .

وكل ما قصدته محكمة النقض هو أن تظهر فاعلية سلوكه والدور الرئيسى الذى يقوم به .

ولا يلزم فى سبيل فاعلية السلوك واحتلاله فى وقوع الجريمة مكاناً رئيسياً ، أن يقع على مسرح تنفيذها . فقد يكون كذلك رغم بعده عن هذا المسرح . ومن قبيل ذلك أن يقدم شخص مساعدته فى السرقة أثناء ارتكابها وانما على غير مسرح تنفيذها بأن يعطل المجنى عليه عن العودة الى منزله حتى تتم السرقة فيه (١) .

ويبين من ذلك أن محكمة النقض المصرية قد قصدت اظهار الدور الرئيسى الذى يؤديه المساهم فى وقوع الجريمة ، غير أنها لم تستخدم فى سبيل ذلك صياغة موفقة . ولعل الفقه الألمانى — كما سنرى — قد وصل الى صياغة أوفى وأشمل هى التى سنجعل منها الآن موضوع حديثنا .

وقد تطور الرأى فى الفقه الألمانى .

فطبقاً لرأى قديم ، يعتبر فاعلا من كان سلوكه بالنسبة للنتيجة الاجرامية سبباً لها Ursache ، بينما يعتبر شريكاً من كان سلوكه بالنسبة لها مجرد ظرف Bedingung . فاذا اتفق ثلاثة على سرقة منزل بطريق الكسر ، وكسر أحدهم باب هذا المنزل ، ثم دخل الثانى من هذا الباب ليسرق وخرج بالمسروقات ، بينما ظل الثالث فى الخارج يرقب الطريق ، فان من كسر الباب ومن دخل منه واختلس من محتويات المنزل ، يعتبران كلاهما فاعلين ، لأن نشاطهما يعتبر بالنسبة للسرقة سبباً ، وأما من راقب الطريق فى الخارج فيعتبر شريكاً لأن سلوكه بالنسبة للسرقة كان محض ظرف ملابس (٢) .

---

(١) ذكر هذا المثال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى فى مؤلفه السالف ذكره بالهامش الأول من الصحيفة ٢٤٠

(٢) أنظر : Ernest Beling "Die Lehre vom Verbrechen" 1906 - p408- Liszt-Schmidt "Lehrbuch des deutschen Strafrechs" 1932, p. 334 Wegner "Strafrecht" AII. Teil, 1951, p. 255.

وقد أخذ على هذا الرأى أنه يقيم بين مقدمات النتيجة الاجرامية تفرقة لا محل لها . ذلك لأنه اذا كان نشاط ما لازما فى وقوع الجريمة بالكيفية التى حدثت بها وتحققت النتيجة الاجرامية بناء عليه ، فانه يعتبر بالنسبة لهذه النتيجة سبباً فى جميع الأحوال ، ولا معنى لاعتباره مجرد ظرف ملابس . فكيف يتأتى وضع معيار للتفرقة بين مقدمات كانت كلها لازمة فى سبيل توليد النتيجة ، للقول بأن منها ما هو سبب ومنها ما هو ظرف ملابس ؟ (١) .

ولذا ذهب رأى آخر الى القول بأن الفاعل هو من يريد لنفسه أن يكون فاعلا بأن تكون لديه نية الفاعل Animus auctoris ، وأما الشريك فهو من يقنع بنية أن يكون شريكاً Animus socii (٢) .

وأقرت هذا الرأى المحكمة الألمانية العليا فى كثير من أحكامها حتى أنها عرفت الفاعل بأنه ذلك الذى يريد أن تكون الجريمة عملا شخصياً له وأن تنسب اليه ، وعرفت الشريك بأنه ذلك الذى يريد أن تكون الجريمة من عمل غيره وأن تنسب الى هذا الغير ، بل انها فى حكم منتقد لها جرت على نفس التعريف فى جريمة اغتصاب أنثى ، اذ نسبت صفة الفاعل فيها الى رجل آخر غير الذى واقع الأنثى ، بحجة أن هذا الآخر شاء أن تكون الجريمة من عمله وأن تنسب اليه (٣) .

وفضلا عن الغرابة البادية فى اعتبار رجل فاعلا فى اغتصاب أنثى لم يواقعها ، فانه من غير السائغ عقلا أن يكون اعتبار الانسان فاعلا أو شريكاً متوقفاً على محض ارادته ، بحيث تكفى هذه الارادة لجعل عمل الغير منسوباً اليه كعمل شخصى ، أو لجعل العمل الشخصى له منسوباً الى الغير .

(١) أنظر : Hans Welzel "Das Deutsche Strafrecht" , 1954, p. 80, 81

(٢) أنظر : Mezger "Strafrecht" ein Lehrbuch, 1931, P. 410

(٣) أنظر : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, 71, 364

ثم ان الجرى على هذا المنطق ، مؤداه أن يعاقب القانون الجنائى على محض العواطف الكامنة فى قرارة النفس ، أى أن يتمحض الى قانون جنائى عاطفى Gesinungsstrafrecht ، الأمر الذى يتضح من التأمل مثلا فى حالة التحريض على الانتحار — فاذا كان المحرض يريد أن يكون الانتحار عملا للمنتحر لا عملا شخصياً له ، فلا يعاقب ، بينما ينال العقاب بل يعتبر قاتلا عملا اذا أراد أن يكون انتحار المنتحر منسوباً اليه هو كعمل شخصى ، وهذا ما لا يستقيم (١) .

من أجل ذلك، نشأ فى التفرقة بين الفاعل والشريك رأى آخر هو رأى المدرسة الغائية أو الهدفية التى يتزعمها حالياً الأستاذان Hans Welzel, Reinhart Maurach

مفاد هذا الرأى ، أن فاعل الجريمة هو من له السيادة على عملية تنفيذها من الناحيتين المادية والنفسية على حد سواء .

هذه السيادة على عملية التنفيذ Tatherrschaft ، لا يلزم فيها إتيان عمل من الأعمال المكونة للجريمة أى الداخلة فى ركنها المادى كما وصفه النموذج القانونى ، وانما يكفى لتحقيقها أن يكون موقف المساهم من سائر المساهمين هو موقف السيد المسيطر على سير الجريمة فى عملية تنفيذها ، سيطرة واقعية متجاوبة فى الوقت ذاته مع نيته ، بحيث يستطيع بفعل موقفه هذا أن يترك تلك العملية فى مجراها أو يحد من سرعتها أو يوقفها كلية كلما شاء ذلك .

Tatherrschaft hat jeder Mitwirkende, der in der tatsächlichen und ihm bewusten Lage ist, die Tatbestandsverwirklichung je nach seinem Verhalten ablaufen lassen, hemmen oder abbrechen zu Können. (٢)

ولا شك فى أن صياغة التعريف بالفاعل على هذا الوجه أشمل من صياغة محكمة النقض المصرية ، لأنها تسع كافة الحالات التى يكون المساهم فيها

---

(١) أنظر ; Welzel ــ المرجع السابق ص ٨٨

(٢) أنظر : ص ٤٤٤ Maurach "Deutsches Strafrecht" All. Teil, 1954

مسيطراً على عملية التنفيذ ، ومن ثم لا تتقيد بحالة وجوده على مسرح تنفيذ الجريمة .

فقد يكون بعيداً عن هذا المسرح يصدر أوامره الى أفراد عصابته من قمة تل أو من برج للقيادة بمنأى عن مكان نشاطهم ، ويتلقون منه فى هذا المكان تلك الأوامر بطريق التليفون . وقد يكون فى السرقة بعيداً عن مكانها يلهى صاحب المنزل الجارية فيه السرقة ليحول دون وصوله الى المنزل ، وذلك حتى تتم السرقة ، وهو المثال السابق أن قلنا ان قضاء محكمة النقض لا يشمله ولا ينسحب عليه .

ورغم أن صياغة الرأى الأخير فى الفقه الألمانى لمعيار التفرقة بين الفاعل والشريك أوسع وأشمل من الصياغة التى وضعت بها محكمة النقض المصرية هذا المعيار ، الا أنها فى نظرنا منتقدة هى الأخرى .

فكل ما يراد بالسيادة على عملية التنفيذ ، أن يكون صاحب هذه السيادة ذا دور رئيسى فى حدوث الجريمة أى ذا دور فعال .

والسيد المسيطر على سير تلك العملية ، ليس سوى من كان نشاطه فيها فعالا بالقياس الى نشاط غيره .

وكون الشخص فعالا فى تنفيذ الجريمة أمر ، وكونه فاعلها أمر آخر على ما سلف بيانه .

فحتى المعيار الذى وضعه الفقه الألمانى يؤخذ عليه الخلط بين من هو فاعل الجريمة ومن هو فعال فى تنفيذ الجريمة .

وكل المقصود به هو اظهار متى يكون نشاط مساهم ما فعالا فى حدوث الجريمة ، أى متى يحتل هذا النشاط فى العملية المفضية الى وقوعها مكاناً رئيسياً .

ومتى كان الأمر كذلك ، فانه لا يسوغ القول بأن المساهمين فى الجريمة ينقسمون الى فاعل والى فعال [1] والى شريك .

وانما القول السائغ أن يعتبروا جميعاً شركاء بالمساهمة فى الجريمة الواقعة مع التسليم بوجود تفاوت بينهم من حيث فاعلية وأهمية الدور الذى يؤديه فيها كل منهم .

وهذا الذى انتهينا اليه فى صدد التفرقة بين الفاعل والشريك ، هو بعينه ما سننتهى اليه بشأن مشكلة الفاعل المعنوى .

فالفاعل المعنوى ، وجه الشبه بينه وبين الشريك ، أن العمل المكون للجريمة طبقا لركنها المادى الموصوف فى النموذج القانونى ، لا يجرى على يديه هو وانما على يد شخص آخر . من هذه الناحية يتفق من يسمى بالفاعل المعنوى مع من يسمى بالشريك . فكل منهما يقف وراء عملية التنفيذ ومن خلفها دون أن يخوض غمارها . وما يفرق بين الفاعل المعنوى والشريك طبقاً للنظرية الغائية أو الهدفية السالف ذكرها ، أنه بينما وقوف الشريك وراء عملية التنفيذ لا يجعل له على هذه العملية سيادة وسيطرة ، فان موقف الفاعل المعنوى منها يختلف فى كونه يتيح لهذا الأخير أن يكون السيد المسيطر عليها لدرجة أن الانسان الذى ينفذها مادياً يكون محض آلة werkzeug مسخرة بين يديه [2] ،

---

(١) المساهم الفعال هو الذى يسميه قانون العقوبات البلجيكى فى المادة ٦٦ منه بالمساعد الضرورى ويعرفه بأنه من يقدم مساعدة لا تتحقق الجريمة بدونها . ونرى أن اطلاق هذه التسمية عليه لم يكن موفقاً ، على اعتبار أن كل مساعدة وقعت الجريمة بناء عليها كانت فى احداث الجريمة ضرورية وان كان يوجد تفاوت فى الأهمية بينها وبين غيرها من وجوه المساهمة فى الجريمة عينها — يرجع الى مقال الأستاذ الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره ص ٢٧ .

(٢) أنظر مؤلف Welzel السالف ذكره ص ٧٥ وما بعدها ومؤلف Maurach ص ٥٠٥ وما بعدها .

معنى ذلك أنه بينما السيادة على عملية التنفيذ تكون فى الفرض العادى ثابتة للفاعل اذا ما قورن بالشريك ، فانها فى الفرض الخاص بالفاعل المعنوى تثبت على العكس للشريك اذا ما قورن بالفاعل ، أو بعبارة أدق تثبت لمن كان الأصل فيه أن يظل شريكاً ومع ذلك انقلب فاعلا لأيلولة السيطرة على عملية التنفيذ اليه . فلأن هذه العملية تجرى على يد انسان مسخر كآلة، يكون من شأن حالته هذه أن تؤول صفة الفاعل الى من سخره ، رغم أن الفعل المكون للجريمة مادياً قد تنفذ على يديه .

ولأن المسخِّر لم ينفذ الفعل بيديه هو وانما على يدى الشخص المسخَّر ، لا يخلع عليه لهذا السبب بالذات ، وصف الفاعل مجرداً ، مادام هذا الوصف لصيقاً بمن ينفذ مادياً الفعل المكون للجريمة ، وانما ينعت بوصف الفاعل المعنوى .

وبينما الفاعل فى الفرض العادى يحقق سلوكه الركن المادى والمعنوى للجريمة سوياً ، فانه فى الفرض الخاص بوجود فاعل معنوى معه ، لا يحقق سلوكه من الجريمة سوى ركنها المادى ، بينما الركن المعنوى لها يتمثل فى سلوك الفاعل المعنوى .

وخلاصة ذلك أن الفاعل المعنوى يتفق مع الشريك بالمعنى التقليدى فى أن كليهما لا ينفذ بيديه العمل المكون للجريمة ، ويختلف عنه فى أنه يملك دونه سيادة على عملية تنفيذ هذا العمل .

ويتفق الفاعل المعنوى مع الفاعل بالمعنى التقليدى فى أنه يملك مثله السيطرة على عملية تنفيذ الجريمة ، وانما يختلف عنه من ناحيتين : من ناحية أنه لا ينفذ بيديه العمل المكون للجريمة فى حين أن الفاعل الأصل فيه أنه المنفذ لهذا العمل مادياً وان كان أحياناً يقتصر على مجرد توجيه عملية تنفيذه على ما رأينا فى مذهب محكمة النقض المصرية والمدرسة الغالبة فى الفقه الألمانى . ومن ناحية أن المنفذ المادى المسخر للفاعل المعنوى لا يحقق من الجريمة سوى ركنها المادى بينما الركن المعنوى لها قائم لدى الفاعل المعنوى وحده ، أما الفاعل بالمعنى التقليدى فيحقق ركنى الجريمة معاً المادى والمعنوى .

ذلك هو المستفاد من تعريف المدرسة الغائية للفاعل المعنوى بعد تعريفها للفاعل العادى .

ولعل أطرف الأمثلة التى ساقها شراح القانون الجنائى للفاعل المعنوى هى تلك التى جادت بها قريحة الأستاذ Welzel فى مؤلفه الذى أشرنا اليه .

فهو يقسم حالات الفاعل المعنوى على ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يضم حالات تتميز بأن المنفذ المادى للجريمة فيها يتخلف لديه اما العلم بتحقيق الركن المادى لها واما ارادة تحقيق هذا الركن .

(ا) أما عن تخلف العلم بتحقيق الركن المادى للجريمة ، فيكون فى حالة الممرضة التى تتسلم من الطبيب حقنة مليئة بكمية ضخمة من المورفين وتحقن بها بناء على أمر منه أحد المرضى فيموت هذا المريض ويتضح أن الطبيب عدو له وأراد القضاء عليه . فهنا لا يتوافر لدى الممرضة أصلا العلم بأنها تنفذ العمل المكون لجريمة القتل [1] .

(ب) وأما عن وجود العلم بتحقيق الركن المادى للجريمة مع عدم انصراف الارادة الى تحقيقه ، فأمر يتوافر فى الأمثلة الأربعة الآتية :

١ - أن يكره رجل بطريق التهديد امرأة حاملا على الاجهاض فتجهض نفسها كرهاً عنها . فهى فى هذه الحالة تعلم بأنها تحقق الركن المادى لجريمة الاجهاض ولكن ارادتها لم تنصرف الى تحقيقه . فالفعل فعلها من الناحية المادية ولكنه ليس فعلها من الناحية المعنوية .

---

(١) فى حالة ثبوت اهمال فى حق الممرضة لا تسأل عن قتل عمد على كل حال وانما عن قتل خطأ .

٢ — أن يكره رجل آخر على الانتحار ، فينتحر المكره بالفعل مؤثراً أن يموت بيده شخصياً بدلا من أن يحدث له الموت على يد غيره . فالمنتحر هنا يعلم بأنه يحقق الركن المادى فى جريمة قتل ، ولو أن فعله لا يعتبر قتلا بالنسبة له شخصياً ، فانه يعتبر كذلك بالنسبة لمن أكرهه على اتيانه . فما هو انتحار بالنسبة له يعتبر بالنسبة للمكره قتلا . وبديهى أن المقصود هنا هو الاكراه على الانتحار لا مجرد التحريض أو المساعدة عليه .

٣ — أن يدفع رجل مجنوناً أو صغيراً غير مميز الى ارتكاب جريمة ، فيرتكبها هذا فعلا . فهنا لا تتوافر لدى أى منهما ارادة ارتكاب الفعل وبالتالى يعتبر الفعل من الناحية المعنوية فعل الرجل الذى سخرهما ، ما لم يكن لدى أى منهما قدر من الارادة الشخصية يحول دون اعتباره مجرد آلة مسخرة ، اذ فى هذه الحالة يعتبر فاعلا ، ويعتبر من دفعه الى الفعل شريكاً بالتحريض أو المساعدة .

٤ — أن يكلف رئيس مرءوسه بتنفيذ أمر غير مشروع ، فينفذه المرءوس غير عالم بعدم المشروعية فيه [1] .

القسم الثانى : يضم حالات تتخلف فيها لدى المنفذ المادى للجريمة العناصر اللازم أن تتوافر فى فاعلها سواء أكانت عناصر مادية أو معنوية والتى بدونها لا تقوم الجريمة .

(ا) أما عن تخلف العنصر الشخصى المادى فى الفاعل ، فمثاله أن يكلف الموثق فرداً عادياً من آحاد الناس بتحرير بيانات كاذبة فى عقد رسمى يجرى توثيقه . فالتزوير المرتكب من موظف عمومى فى محرر رسمى ، يستلزم توافر عنصر شخصى مادى فيمن يدون بيانات هذا المحرر ، وهو أن يكون هذا المدون موظفاً عمومياً مختصاً بالتدوين . فاذا حدث

---

(١) يتناول الأستاذ Welzel هذه الحالة ضمن حالات العلم بإتيان الركن المادى للجريمة مع عدم انصراف الإرادة اليه ، مع أنها تدخل ضمن حالات عدم العلم بهذا الركن أصلا .

تدوين بيانات المحرر الرسمى من شخص ليس هو المختص بهذا التدوين ، فلا تتوافر جريمة تزوير الموظف العمومى فى محرر رسمى ، اذ يتخلف فى المدون العنصر الشخصى المادى الذى يلزم لقيام هذه الجريمة . ففى المثال المتقدم ذكره يعتبر الموظف العمومى الذى جعل فرداً من آحاد الناس يدون فى المحرر الرسمى بيانات مزورة ، بمثابة الفاعل المعنوى لجريمة تزوير الموظف فى محرر رسمى .

(ب) وأما عن تخلف العنصر الشخصى المعنوى اللازم توافره فى الفاعل لقيام الجريمة ، فمثاله أن يكلف مزارع خادماً له باجتلاب دجاجة من طيور الجار فيأتى بها الخادم اليه . هنا تتخلف لدى الخادم نية تملك الدجاجة أى العنصر الشخصى المعنوى اللازم توافره فى الفاعل لتتحقق جريمة السرقة . وبالتالى فان هذه الجريمة يعتبر فاعلها المعنوى هو المزارع وأما خادمه فيعتبر فيها مجرد شريك .

القسم الثالث : يضم حالات تكون الجريمة فيها بالنسبة لمنفذها المادى فعلا مباحاً ، دون أن تكون كذلك بالنسبة لمن حمله على اتيانها مادياً عن طريق ايجاده فى حالة ضرورة أو فى حالة غلط .

(١) فمن قبيل وضع انسان فى حالة ضرورة تحمله على اتيان الفعل المادى المكون للجريمة ، أن تنصرف ارادة شخص الى قتل مجنون فيحرش هذا المجنون على أحد الرجال ، ويجد هذا الرجل نفسه أمام ضرورة الدفاع عن نفسه فيقتل هذا المجنون . هنا تعتبر جريمة القتل بالنسبة لمن نفذها مادياً ، فعلا مباحاً بسبب الدفاع الشرعى . على أنها لا تعد كذلك بالنسبة لمن تسبب فى وقوعها بايجاد الحالة التى أفضت اليها ، فتعتبر بالنسبة له جريمة ، ويعتبر هو فاعلها المعنوى .

(ب) ومن قبيل ايجاد الغير فى حالة غلط تفضى به الى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة دون أن يكون هذا الفعل جريمة بالنسبة له ، أن يتقدم زيد بشهادة زور أمام القاضى ضد بكر فيحكم القاضى على بكر بالحبس . هنا يعتبر الحبس بالنسبة للقاضى الذى أصدر الحكم به ، فعلا مباحاً لا جريمة فيه لأنه من جانب القاضى أداء لواجب . أما بالنسبة لزيد الذى تسبب فى هذا الحبس بشهادته الزور ، فيعتبر جريمة حبس بدون حق ، وفاعلها المعنوى هو زيد [1] .

تلك هى الحالات التى ساقها الأستاذ Welzel ممثلا بها للفاعل المعنوى وهى كما قلنا وكما يبدو لقارئها حالات طريفة .

غير أنها رغم طرافتها لا تقنعنا بوجود محل للتمسك بمن يسمى « الفاعل المعنوى » .

فمن ناحية أولى ، يتعذر القول بوجود حالة يكون وضع الانسان فيها بالنسبة لغيره ، هو وضع الآلة أو الأداة . فيكاد يكون من غير المتصور ذلك الا فى حالة واحدة هى الاكراه المادى . فلو أن زيداً دفع جسم بكر فجأة فوقع هذا على عمرو وأصابه ، يمكن التسليم فى هذه الحالة ، بأن بكراً كان أداة فى يد زيد . وعندئذ يعتبر زيد قد استخدم جسم بكر كأداة مادية فى ارتكاب الجريمة ، فبدلا من أن يضرب عمرو بعصا ضربه بجسم بكر ، ولذا ينعت بأنه فاعل الجريمة دون حاجة الى وصفه بالفاعل المعنوى [2].

وفى غير حالة الاكراه المادى ، لا يتصور أن يكون الانسان أداة فى يد غيره ، ولو كان مجنوناً .

---

(1) أنظر هذه الحالات جميعها فى مؤلف Welzel السالف ذكره ص ٧٥ - ص ٧٨

(2) أنظر مؤلف Bettiol السالف ذكره فى مستهل البحث - ص ٤١٣ ، ص ٤١٤ .

ذلك لأن للانسان ارادة . وحتى لو كان مجنوناً فله على الرغم من جنونه ارادة كذلك ، ولو أنها ارادة مريضة . والمجنون الذى يستل خنجراً ويطعن به رجلا ، أو يصوب مسدساً ويطلق منه عياراً ، انما أراد أن يطعن ، وأراد أن يطلق النار ، والا فما كان يصدر منه ذلك ، غاية الأمر ارادته مريضة ، لأن العملية النفسية التى أدت الى انعقادها غير طبيعية . ولكنها على كل حال ارادة [1] . ولأنها كذلك ، فانها تصلح أساساً قانونياً لتطبيق جزاء جنائى على المجنون وكل ما يترتب على الجنون من أثر ، هو أن هذا الجزاء يكون تدبيراً وقائياً عوضاً عن العقوبة . والحكمة من ذلك ، أن الجزاء الجنائى ، بصفة عامة ، عقوبة كان أو تدبيراً واقياً ، يهدف الى تحقيق المنع الخاص أى الحيلولة بين من أجرم وبين أن يعو د الى الاجرام مرة أخرى .

ولما كان المجنون المجرم ، مسوقاً الى جريمته على نحو لا خيرة له فيه ولا سبيل له الى تفاديه ، على اعتبار أن الجريمة هى بالذات عرض مرضه العقلى ، ولا يملك الخيار بين الاقدام عليها اذا شاء ، والاحجام عنها اذا شاء وانما هو مقدم عليها لا محالة ، مادام المرض العقلى لازال مهيمنا عليه ، فانه من العبث أن توقع عليه العقوبة كجزاء جنائى . فهى وسيلة ايلام لحمل الانسان على ألا يختار الجريمة مرة أخرى . ومهما أولم المجنون ، لا يجدى ايلامه فى حمله على أن يختار الاقلاع عن الجريمة ، لأنه مادام مرضه العقلى كامناً فيه ، فهو مسوق اليها حتما ، ولا مناص فى سبيل اقلاعه عنها من أن يعالج هذا المرض فيه أى أن يتخذ معه جزاء جنائى يغلب فيه العلاج على الايلام . وليس هذا الجزاء سوى التدبير الوقائى فى صورة الايداع بمستشفى الأمراض العقلية ، لعلاجه من مرضه العقلى حتى يتاح له الابلال منه .

وما يقال عن المجنون ، يصدق كذلك على الصبى غير المميز .

---

(1) القول بغير ذلك ينزل بالمجنون الى مصاف العجماوات ، ويتقيد فى شأنه بفكرة مكونة مقدما تتنافى مع الأسلوب العلمى فى البحث ، وتفرض على الأمور ما ليس من حقيقتها ، وتلتزم رأيا خاطئاً وان كان قديماً شائعاً .

فمثل هذا الصبى له هو الآخر ارادة تمثلت فى أنه قذف حجرا أو صفع زميلا . غاية الأمر ، هذه الارادة قاصرة عن مستوى الارادة الطبيعية لأنها انعقدت بفعل عملية نفسانية غير سليمة يشوبها قصور فى ملكة التميز بين الخير والشر ، وقدرة ايثار أولهما على الثانى . ومادامت هذه الملكة لم تتهيأ للصغير بعد ، فان السبيل الى منعه من الاجرام هو تهيئتها له . أما ايلامه ، فلا يجدى معه نفعاً ، بل قد يأتى بغير المقصود منه ، لأن النفس الانسانية مجبولة منذ طفولة الانسان على أن تقابل العنف بمثله حين لا تدرك وجه المناسبة فيه ، بل حتى اذا أدركت فيه هذا الوجه ، ولا يمكن أن يولد العنف رقة .

ومن أجل هذا فان العقوبة كجزاء جنائى لا تفلح فى حمل الشخص غير المميز على الاقلاع عن الاجرام ، بل قد تدفع به الى التوغل فى طريق الجريمة ، والجزاء الجنائى المناسب له هو ذلك الذى يغلب فيه العلاج على الايلام أى التدبير الوقائى فى صورة الايداع مثلا بمؤسسة اصلاحية تقويمية حالة قصور الوالدين أو ولى الأمر عن تبصير الصغير بالخير وترغيبه فيه .

كل ذلك نذكره على سبيل الاستطراد لنؤكد به ما بدأنا القول به ، وهو أن الانسان ليس آلة ولا يتصور أن يكون كذلك ولو كان مجنوناً أو صغيراً . ونعته بالآلة اخلال بكرامة الآدمية وللآدمية كرامتها التى لا تختفى ولو أصاب الجنون صاحبها . وفى هذا يقول أستاذنا المغفور له Filippo Grispigni « ان ارادة من يؤازر أو يساعد انساناً — ولو كان هذا الانسان مجنوناً — تختلف عن ارادة من يريد أن يكون فاعلا للجريمة باستخدام أداة آلية »(١) .

ويبين من ذلك ، أن تحول الانسان الى محض آلة ، لا يتصور فى غير حالة الاكراه المادى ، ولو كان هذا الانسان مجنوناً أو صغيراً .

---

(١) Grispigni "Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato" Scuola Positiva 1911, p. 2

فاذا كان لجريمة المجنون أو الصغير اتصال بنشاط انسان عاقل دفع بهما الى هذه الجريمة ، فانهما يوضعان مع هذا الانسان على قدم المساواة ماداما مثله من بنى آدم ، ولا يعتبران مجرد آلة فى يديه لأنهما فى الحقيقة والواقع ليسا كذلك ، وكل ما فى الأمر أنه مساهم معهما فى حدوث ما وقع ، ولايلزم انكار وجودهما فى انتاج الجريمة والقول بأنه دونهما فاعلها المعنوى .

واذا كان الأمر كذلك مع المجنون أو الصغير ، فهو كذلك من باب أولى مع الانسان العاقل الراشد ، على ما سنرى .

ومن ناحية ثانية ، فان فكرة الفاعل المعنوى ان تناسبت مع بعض الجرائم ، لا تقبل التناسب مع البعض الآخر . فلا يمكن مثلا أن تعتبر المرأة التى تدفع بمجنون جنسى الى اغتصاب غيرها ، فاعلة معنوية لهذا الاغتصاب[1] بحيث يقال عنها فى وصف القضية وقت احالتها الى محكمة الجنايات ، انها فى يوم معين وساعة معينة ومكان معين اغتصبت المرأة المجنى عليها . فالأستاذ Welzel نفسه يسلم فى موضع آخر بوجود جرائم معينة سماها بالجرائم التى لا تقبل أن يكون لها فاعل غير المنفذ المادى لها eigenhändigen Verbrechen ، ويقول انه فى هذه الجرائم لامحل للفاعل المعنوى ، ويضرب لها مثلا بالجرائم الجنسية delicta carnis [2].

وفوق ما تقدم ، فان كل جريمة تستلزم فى فاعلها صفة معينة بحيث تتخلف بانتفاء هذه الصفة ، لا يتصور فيها فاعل معنوى . فجريمة تزوير الموظف فى محرر رسمى ، تستلزم فى فاعلها صفة الموظف ، ومن ثم فان الفرد العادى غير الموظف لا يمكن أن يكون ولو فاعلا معنوياً لها ، ولا تثبت له صفة الفاعل حتى لو سخر فى تزوير المحرر الرسمى موظفاً مجنوناً [3]

---

(١) Bettiol المرجع السابق ص ٤١٤

(٢) Welzel المرجع السابق ص ٧٩

(٣) Bettiol المرجع السابق فى الموضع السالف ذكره .

ومن ناحية ثالثة ، وهذا هو رأينا الشخصى ، تعبر نظرية الفاعل المعنوى عن بلوغ سلوك المساهم فاعلية تجعل له فى وقوع الجريمة دوراً أهم من دور منفذها المادى .

فكل ما تهدف اليه هو اظهار الحالات التى تؤول السيادة على تنفيذ الجريمة فيها الى غير الشخص الذى جرى على يديه هذا التنفيذ .

فالأمر يتعلق دائماً بفاعلية السلوك الذى اتخذه المساهم وأهمية الدور الذى نهض به فى احداث الجريمة .

واذا سلمنا للجدل وحده بأن للفاعل المعنوى وجوداً فى نظرية المساهمة الجنائية ، فانه يحق لنا التساؤل عن الاسم الذى يطلق على المنفذ المادى للجريمة تحت سيطرته .

فهذا المنفذ المادى لا يمكن أن يسمى فاعلا ، لأنه وان تحقق على يديه الركن المادى للجريمة لم يكن ركنها المعنوى قائماً فى نفسه .

فماذا نسميه اذن ؟

لا نستطيع أن نسميه شريكاً فى الجريمة اذ لم يكن لديه قصد ارتكابها فضلا عن أنه تجاوز الدائرة التقليدية للاشتراك الى حد تنفيذ الفعل المكون للجريمة نفسها .

لا يبقى اذن سوى أن يسمى بالمساهم فى وقوع الجريمة ، وان كان يقضى ببراءته اما لعدم وجود القصد الجنائى لديه ، واما لجنونه أو صغر سنه وعدم أهليته للعقوبة وانما للتدبير الواقى واما لتوافر سبب من أسباب الاباحة فيما أتاه .

وهذا هو بعينه ما قرره قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٢ على ما رأينا ، سواء فى العلاقة بين الفاعل والفاعل أو فى العلاقة بين الفاعل والشريك . . .

فيستخلص من كل ما تقدم ، أنه كما أن التفرقة بين الفاعل والشريك تمخضت فى نهاية الأمر عن كونها محض وسيلة لاظهار التفاوت بين أدوار المساهمين فى الجريمة من حيث الفاعلية والأهمية ، فان التفرقة بين الفاعل المعنوى والفاعل المادى انتهي بها المصير إلى أن تكون هى الأخرى وسيلة لتمييز المساهم الفعال فى حدوث الجريمة عمن كان له فيها نشاط ثانوى لا يتعدى تنفيذها المادى بدون ارادة منصرفة الى هذا التنفيذ ، أو يتمثل فى تعبير عن ارادة مريضة بسبب الجنون أو قاصرة بسبب الحداثة ، أو يكتسب بالنسبة لصاحبه مشروعية مقصورة عليه لسبب من أسباب الاباحة .

وما دام الأمر كذلك ، فقد آن أن نثبت ما هو الاتجاه الجديث فى نظرية المساهمة الجنائية .

* * *

الاتجاه الجديث فى هذه النظرية ، هو أن يعتبر كل شخص كان لنشاطه دخل فى توليد الجريمة وانتاجها مساهماً فيها ، أيا كانت طبيعة هذا النشاط . فاذا تعدد النشاط المنتج للجريمة وصدر عن أكثر من شخص ، اعتبروا جميعاً مساهمين فى الجريمة على خلاف فى فاعلية دور كل منهم وأهميته ، الأمر الذى تجب مراعاته فى تحديد العقوبة المستحقة .

وهذا ما حققه القانون الايطالى فعلا (١) .

فتنص المادة ١١٠ منه على أنه « اذا ساهم فى الجريمة الواحدة أكثر من شخص ، فان كلا منهم يخضع للعقوبة المقررة لها ، مع مراعاة أحكام المواد التالية » .

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

---

(١) كان القانون الايطالى القديم الموضوع سنة ١٨٨٩ يأخذ بالتفرقة الحالية بين الفاعل والشريك ثم رئى من التجربة عدم جدواها فعدل عنها فى القانون الايطالى الحالى الصادر سنة ١٩٣٠

فهذه المادة سوت بين كافة المساهمين فى انتاج الجريمة دون أن تقيم بينهم أية تفرقة ، ودون أن تقسمهم بين فاعل وشريك وفاعل معنوى . فهم جميعاً سواء فى مسؤوليتهم عن الجريمة . وأما التحفظ الوارد فى نهاية المادة والذى أوجب مراعاة أحكام المواد التالية ، فهو يهدف الى ما جاء فى هذه المواد من تنظيم لظروف الجريمة المشددة أو المخففة ، مادية كانت أو شخصية ، ولأسباب الاباحة ، وامتداد أثر هذه الظروف والأسباب أو عدم امتداده من مساهم الى آخر . وسنتحدث عن ذلك فيما يلى .

وانما الذى يعنينا مبدئياً هو أن القانون الايطالى ألغى التفرقة بين الفاعل والشريك وسوى بين جميع المساهمين فى المادة ١١٠ المذكورة واضعاً اياها تحت عنوان « عقوبة أولئك الذين يساهمون فى الجريمة » دون تمييز بين أولئك (١) .

وأما ما تهدف اليه النظم التقليدية من وراء التفرقة بين الفاعل والشريك ، ومن وراء التوسعة فى مشمول الفاعلين اما بنظرية مسرح التنفيذ واما بنظرية السيادة على عملية التنفيذ ، فقد حققه القانون الايطالى حين نص بكل بساطة فى المادة ١١٤ على أن « للقاضى أن يخفف العقاب كلما رأى أن عمل أحد المساهمين فى الجريمة كان له فى اعدادها أو فى تنفيذها نصيب ضئيل من الأهمية .

مفاد هذه المادة ، أن كل من كان له فى وقوع الجريمة دور فعال ، يستحق عقوبتها المقررة أصلا فى القانون ، ولا يهم بعد ذلك أن يسمى صاحب هذا الدور بالفاعل أو بالفاعل المعنوى .

أما من كان له سواء فى اعداد الجريمة أو فى تنفيذها ، دور على قدر ثانوى من الأهمية ، فيخفف له القاضى عقوبته ، ولا يعنينا بعد ذلك أن يسمى بالشريك .

---

(١) جاء فى المذكرة التفسيرية للمشروع النهائى (ص ١٣٤) ، أنه : " فى حالة كون الفعل موضوع نشاط أكثر من شخص ، يجب أن يوضع الحدث على عاتق جميع المساهمين الذين عاونوا على احداثه بنشاط شخصى : فالرباط الذى يمسك فى الواقع بنشاط المساهمين على اختلافهم يتمثل فى جمعية من الأسباب الواعية التى يرجع اليها وقوع الحدث ومن ثم تسند الى كل من المساهمين المسؤولية عن الكل " .

فالجميع مساهمون فى الجريمة مادام بينها وبين نشاطهم اتصال المعلول بالعلة ، وبذا أراح القانون الايطالى واستراح من عناء التفرقة بين من هو فاعل ومن هو شريك وما تثيره من مناقشات فقهية لا طائل تحتها .

أما من يسمى فى الفقه التقليدى بالفاعل المعنوى ، فهو مساهم فى الجريمة مع منفذها المادى ، يتوافر لديه ركنها المعنوى ، كما أن ركنها المادى منسوب اليه كذلك مادامت يد المنفذ المادى لها تعتبر امتداداً ليده .

والمنفذ المادى لها ، لا ينال فى تلك الحالة عقوبة ما ، لأنه حقق من الجريمة ركنها المادى دون أن يتحقق لديه ركنها المعنوى ، ومن البديهى أن المساهمة الجنائية يلزم للعقاب عليها أن يتوافر فيها فضلا عن الاسهام بنشاط مادى تولدت منه الجريمة ، ركن نفسى لا يختلف عن الركن المعنوى للجريمة بصفة عامة ، مضافاً اليه عدم وجود سبب من أسباب الاباحة .

وهكذا يتحقق الهدف من نظرية الفاعل المعنوى دون حاجة اليها . فالممرضة تعتبر مساهمة مع الطبيب فى قتل المريض بحقنة المورفين ، غير أنها لا تعاقب معه لتخلف الركن المعنوى فى مساهمتها وهو الركن النفسانى فى جريمة القتل .

والمرأة التى تجهض نفسها تحت تأثير الاكراه ، تعتبر مساهمة فى هذه الجريمة مع من أكرهها على ارتكابها ، ولكنها لا تعاقب مثله لتخلف الركن النفسى فى هذه المساهمة ، وهو الركن المعنوى فى جريمة الاجهاض الخ ...

والمجنون أو الصغير الذى يرتكب الجريمة مدفوعاً اليها بفعل شخص عاقل يعتبر مساهماً مع هذا الشخص فيها سواء بركنها المادى أم بركنها المعنوى ، وكل ما يتخلف فى مساهمته هو الأهلية للعقوبة اذ يتخذ معه بدلا منها تدبير واق ، وأما العقوبة فينالها الشخص المذكور .

والمرءوس الذى ينفذ أمراً غير مشروع لرئيسه دون علم بعدم مشروعيته يعتبر مساهماً مع هذا الرئيس فى الجريمة الواقعة ، وان كان لا يعاقب مثله لتخلف الركن المعنوى فى هذه المساهمة .

والموثق الذى يملى على الفرد العادى بيانات كاذبة يكتبها هذا الأخير فى العقد الرسمى الجارى توثيقه ، تعتبر يد هذا الفرد امتداداً ليده ، وبالتالى تنسب اليه جريمة تزوير موظف فى محرر رسمى دون حاجة الى نعته بالفاعل المعنوى ، وأما الفرد الذى دون تلك البيانات فرغم أنه مساهم فى تلك الجريمة بنشاطه المادى لا يعاقب على مساهمته فيها اذ يتخلف لديه الركن المعنوى .

والخادم الذى يأتى الى مخدومه بدجاجة الجار ، يعتبر مساهماً مع هذا المخدوم فى سرقة الدجاجة ، ولا يعنينا بعدئذ أن نصفه فى هذه المساهمة بالفاعل أو بالشريك .

والانسان الذى يحرش مجنوناً على رجل ما ، فيقتل هذا الرجل ذلك المجنون دفاعاً عن نفسه ، يعتبر مساهماً مع القاتل فى جريمة القتل وان كان هذا الأخير لا يعاقب لوجود سبب من أسباب الاباحة هو الدفاع الشرعى .

ومن يشهد زوراً أمام القاضى فيحكم هذا بالحبس على من قدمت ضده الشهادة ، يعتبر مساهماً مع القاضى فى حبس انسان بدون وجه حق وان كان العقاب على هذه الجريمة يناله وحده ، لوجود سبب من أسباب الاباحة مقصور الأثر على القاضى وهو أداء الواجب .

هذا هو المعنى المستفاد من المساهمة الجنائية كما نظمها القانون الايطالى . وقد أكد هذا القانون ذلك المعنى فى مواد منفصلة متفرقة ، فقضى بأنه اذا ارتكب انسان جريمة ما بسبب غلط ولده فى نفسه آخر ، يسأل عن هذه الجريمة من تسبب فى الغلط (م ٤٨) ، كما اذا أدخل انسان فى روع آخر أن هناك شخصاً مقبلا نحو الاعتداء عليه فأطلق عليه هذا النار بقصد الدفاع ثم اتضح أنه لم يكن هناك أى اقبال نحو الاعتداء من جانب المجنى عليه . وقضى كذلك فى المادة ٥٤ بأن من يحمل انساناً بطريق التهديد على ارتكاب جريمة ، فهو الذى يسأل عن هذه الجريمة ، ونص فى المادة ٨٦ على أن من أثار جنون شخص ليحمله على ارتكاب جريمة يكون مسؤولا عن جريمة

هذا الشخص الواقعة منه على أثر الاصابة بالجنون . ونص فى المادة ١١١ على أن من يحمل انساناً غير أهل للعقاب أو معفى منه لظرف أو صفة شخصية ، على ارتكاب جريمة ، يكون مسؤولا عن هذه الجريمة .

القانون الايطالى استغنى اذن عن التفرقة بين الفاعل والشريك والفاعل المعنوى .

واذا كان القانون الألمانى لا يزال مبقياً على هذه التفرقة ، فان ذلك راجع الى أسباب خاصة بهذا القانون ، منها أن المادة ٢/٤٩ منه تجيز تخفيض العقوبة المستحقة على الشريك بالمساعدة الى حد يجعلها متساوية مع العقوبة على الشروع . ولا نرى فى هذا النص أو فى مثله ما يبرر الابقاء على التفرقة بين الفاعل والشريك ، لأن المراد بهذه التفرقة هو المواءمة بين عقوبة كل مساهم فى الجريمة وبين دوره فى هذه المساهمة الأمر الذى يستطيع القاضى أن يحققه باستخدام سلطته التقديرية فى ظروف كل جريمة على حدتها .

وعلى الرغم من أن القانون المصرى يختلف عن القانون الألمانى ، ويتفق مع القانون الايطالى فى جعل عقوبة الشريك مساوية لعقوبة الفاعل ، فانه أبقى مع ذلك التفرقة بينهما رغم انعدام المصلحة العملية فيها على ما بينا فى بداية هذا البحث ، ورغم ما تثيره فى وضع معيارها من صعوبات لا موجب لها يمكن تفاديها بالتفرقة فى بساطة وحسب ظروف كل جريمة بين من كان له بين المساهمين فيها دور رئيسى ومن كان له دور ثانوى .

فالقانون الايطالى اذ ألغى التفرقة بين المساهمين فى الجريمة الواحدة كان أكثر توفيقاً .

وقد تكفل هذا القانون باجازة تخفيف العقوبة على المساهم الذى يثبت أن دوره فى الجريمة كان على جانب ضئيل من الأهمية .

ثم بين حكم الظروف المشددة والمخففة وأسباب الاباحة فى امتداد سريانها من مساهم الى آخر .

فنصت المادة ١١٨ على أن « الظروف المشددة والمخففة للعقوبة تسرى اذا كانت مادية على كافة المساهمين فى الجريمة ، ولو لم يكن العلم بها متوافراً لديهم أجمعين (١) . والظروف الشخصية غير اللصيقة بشخص المجرم نفسه ، والتى تشدد العقوبة على أحد المساهمين فى الجريمة ، تسرى كذلك على الباقين ولو لم يكونوا عالمين بها ، اذا كانت قد يسرت تنفيذ الجريمة (٢) . وأى ظرف آخر يشدد أو يخفف العقوبة (٣) ، لا يسرى الا على الشخص الذى قام به هذا الظرف » .

ثم نصت المادة ١١٩ على أن « الظروف الشخصية المستبعدة لعقوبة أحد المساهمين فى الجريمة ، لا تحدث أثرها الا بالنسبة للشخص الذى قامت به (٤) . والظروف المادية المستبعدة للعقوبة ، تحدث أثرها بالنسبة الى كافة من ساهموا فى الجريمة (٥) » .

كما نصت المادة ١١٦ على أنه حين تكون الجريمة المرتكبة مغايرة لتلك التى كان يقصدها أحد المساهمين ، يسأل عنها هذا المساهم اذا كانت نتيجة للفعل أو الامتناع الواقع منه . ويقابل هذا النص المادة ٤٣ من قانون العقوبات المصرى .

هكذا نظم القانون الايطالى حكم الظروف المحيطة بالجريمة سواء أكانت مشددة أم مخففة أم مستبعدة للعقوبة ، وسواء أكانت شخصية غير لصيقة

---

(١) فى هذا يتفق القانون الايطالى مع القانون المصرى .

(٢) وهنا يختلف القانون الايطالى عن القانون المصرى ، لأن هذه الظروف فى القانون المصرى مثل صفة الطبيب فى الاجهاض أو الخادم فى السرقة لا يمتد أثرها مطلقاً من فاعل الى فاعل ولا تسرى من الفاعل الى الشريك الا اذا كان هذا عالماً بها ، وسبق أن بينا وجه الشذوذ فى ذلك وضرورة توحيد الحكم فى الحالتين .

(٣) يراد بمثل هذا الظرف ، ما هو لصيق بشخص المجرم من ظروف شخصية بحتة مثل العود وهذا ظرف مشدد ، ومثل صغر السن وهذا ظرف مخفف .

(٤) من هذا القبيل فى القانون المصرى أسباب الاباحة النسبية وأسباب الاعفاء من المسؤولية .

(٥) منها أسباب الاباحة المطلقة مثل الدفاع الشرعى .

بشخص المجرم أو لصيقة به ، أم كانت مادية ، وكذلك حكم الجريمة التي يرتكبها مساهم على خلاف الجريمة المقصودة .

وهو لم يقم فى تحديد أثر تلك الظروف أو هذه الجريمة ، أية تفرقة بين المساهمين .

وحين قضى بامتداده من مساهم الى آخر أو عدم امتداده ، لم يفرق بين ما اذا كان المساهم الذى يمتد الأثر اليه فاعلا أم شريكاً .

فكما يجوز أن يسرى أثر تلك الظروف أو الجريمة من فاعل الى فاعل آخر ، يجوز أن يسرى كذلك من فاعل الى شريك ، بل يجوز أن يمتد من شريك الى فاعل على خلاف المجمع عليه فى القانون المصرى (١) وعلى اعتبار أن الفاعل والشريك فى القانون الايطالى يجمعهما سوياً بدون أية تفرقة بينهما نعت المساهم فى الجريمة .

فلو أن طبيباً ساعد فرداً عادياً فى ارتكاب جريمة اجهاض ، فانه أخذا بنظرية القانون الايطالى ، تعتبر صفة الطبيب ظرفاً شخصيا غير لصيق من شأنه أن ييسر تنفيذ الجريمة وبالتالى يسرى التشديد المترتب عليه حتى على الفرد العادى الذى تم الاجهاض على يديه ولو لم يكن هذا الفرد عالماً بتلك الصفة ، لأن نشاط الطبيب ونشاطه يندمجان سوياً فى جريمة واحدة تكون مسؤوليتهما عنها واحدة .

ذلك هو الاتجاه الحديث فى نظرية المساهمة الجنائية .

وقد طرح قانون العقوبات المصرى هذا الاتجاه ، مع أنه وضع سنة ١٩٣٧ بعد أن صدر قانون العقوبات الايطالى ونفذ سنة ١٩٣٠ . ذلك الاتجاه فى تنظيمه لظروف الجريمة وسريان أثرها ، لم يفرق فى امتداد

---

(١) أنظر مؤلف الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٢٥٣ ، ص ٢٥٤

هذا الأثر من الفاعل الى مساهم آخر أو عدم امتداده ، بين ما اذا كان هذا المساهم فاعلا أم شريكاً . وأشرنا الى ذلك على التفصيل الذى أوردناه فى مقدمة هذا البحث ، وقلنا انه يدل على إنعدام وجه المصلحة العملية فى التفرقة بين الفاعل والشريك .

ونتناول فيما يلى ما قرره فى هذا الصدد مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة .

* * *

نصت المادة ٥٧ من مشروع القانون الموحد تحت عنوان صور المساهمة على أنه « يعد فاعلا للجريمة :

١ — من يحقق بسلوكه وحده أو مع غيره أركان الجريمة .

٢ — من يقوم قصداً أثناء ارتكابها بدور فعال فى تنفيذها .

٣ — من يحمل على تنفيذ الفعل المكون للجريمة شخصاً غير مسؤول عنها » .

وأول ما يلاحظ على هذه المادة ، أنها فصلت فى ثلاث صور ما كان يمكن أن تضمه صورة واحدة .

فالصورة الثانية تندمج فيها كل من الصورتين الأولى والثالثة . ذلك لأن من له دور فعال فى تنفيذ الجريمة ، قد يحقق بسلوكه وحده أو مع غيره أركانها ، وقد يحمل على تنفيذ الفعل المكون لها شخصاً مجنوناً أو صغيراً . فكونه يحقق أركانها بمفرده أو مع غيره ، هذا يجعل له فى تنفيذ الجريمة دوراً فعالا ، كما يجعل له هذا الدور الفعال أن يسخر فى تنفيذ الفعل المكون لها مجنوناً أو صغيراً . فى الحالتين يعتبر صاحب الدور الفعال ، وبالتالى فقد كان ذكر الصورة الثانية يغنى عن ذكر الأولى والثالثة .

ونصت المادة ٥٨ من المشروع على أنه « يعد شريكاً فى الجريمة :

١ — من حرض على ارتكابها فوقعت بناء على هذا التحريض .

٢ — من اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الاتفاق .

٣ ــ من ساعد الفاعل بأية طريقة فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها مع علمه بالجريمة فوقعت بناء على هذه المساعدة .

هذا النص لا يختلف كثيراً عن نص المادة ٤٠ من القانون المعمول به .

ويلاحظ أن النصين يتطلبان فى الجريمة الواقعة أن يكون وقوعها بناء على الاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، أى أن تكون نتيجة لصورة من هذه الصور الثلاثة للسلوك ، وأن يكون بينها وبين هذه الصور اتصال المعلول بالعلة ، والا فلا يعتبر المتفق أو المحرض أو المساعد شريكاً فيها متى كان وقوعها من الناحية السببية منقطع الصلة باتفاقه أو تحريضه أو مساعدته .

هذا هو تعريف الشريك . وذلك هو تعريف الفاعل . ويفهم من تعريف الفاعل أن المقصود به شخص له فى حدوث الجريمة دور فعال .

فحرى به أن يسمى بالفعال لا بالفاعل ، وقد قدمنا أن الفاعل هو وحده من ينفذ بيديه الفعل المكون للجريمة كما حدده نموذجها القانونى .

ويفهم من تعريف الشريك ، أنه لولا اتفاقه أو تحريضه أو مساعدته ماكانت تقع الجريمة . فنشاطه فى وقوع الجريمة فعال هو الآخر ، ولا نرى داعياً للغض من فاعليته ، بل قد يكون فى حالات خاصة أفعل من نشاط من يسمى بالفاعل .

وما دام الأمر يتعلق بنشاط يلزم فيه دائماً أن يكون فعالا فى انتاج الجريمة أى أن يكون بينه وبينها اتصال السبب بالمسبب بحيث لولاه لما وقعت ، فانه من العبث بعد ذلك التفرقة بين ما اذا كان هذا النشاط فعالا أو غير فعال .

فالمفروض أنه فعال فى جميع الأحوال .

غاية الأمر تكون هذه الفاعلية على درجات تختلف باختلاف الصورة التى يتخذها النشاط . وقد يكون النشاط الذى سماه القانون اشتراكاً أفعل وأخطر من النشاط الذى سمى صاحبه فاعلا .

فليست العبرة اذن بمن هو فاعل ومن هو شريك . وانما العبرة بدرجة فاعلية السلوك الذى اتخذه المساهم ومدى أهميته فى انتاج الجريمة بالكيفية التى حدثت بها .

ومعيار ذلك هو ما تنبيء به كل حالة على حدتها ، وما يتراءى أمام السلطة التقديرية للقاضى . فقد يرى أن المحرض – وهو المعتبر شريكاً – أخطر ممن تم تنفيذ الفعل المكون للجريمة على يديه ، فيشدد عليه العقوبة رغم أنه التزم فى احداث الجريمة مجرد التحريض عليها ، بحيث تصبح عقوبته أشد من عقوبة من تنفذت الجريمة على يديه .

ولا نرى ضرورة فى استبقاء هذه التفرقة بين الفاعل والشريك من بين المساهمين ، وقد نصت المادة ٦٠ من المشروع على أن من ساهم بوصفه فاعلا أو شريكاً فى ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها .

ويؤكد أن هذه التفرقة كان الابقاء عليها فى المشروع غير ضرورى ، أن المشروع نفسه حين نظم أحكام الظروف المتصلة بالمساهمة ، لم يفرق فى امتداد أثر هذه الظروف الى غير من قامت به أو عدم امتداده ، بين ما اذا كان المساهم معه فاعلا أم شريكاً .

هذا ما قررته المادة ٦١ حين نصت على أنه « اذا توافرت فى الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سرت آثارها على كل من ساهم فى ارتكابها فاعلا كان أم شريكاً علم بها أو لم يعلم .

وكذلك الحكم اذا توافرت ظروف مشددة شخصية أو مزدوجة متى كانت قد سهلت ارتكاب الجريمة .

أما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء كانت ظروفا مشددة أم مخففة» .

هذا النص واضح فى عدم التفرقة بين الفاعل والشريك . ويلاحظ أنه أخذ بحكم القانون الايطالى فى صدد الظروف الشخصية المشددة

غير اللصيقة بشخص المجرم ، فقضى بسريانها على كافة المساهمين فاعلين كانوا أم شركاء ، علموا بها أو لم يعلموا ، مثل صفة الطبيب فى الاجهاض أو الخادم فى السرقة ، متى كانت قد سهلت ارتكاب الجريمة .

ولم تفرق المادة ٦٢ منه كذلك بين الفاعل والشريك في صدد الأعذار المعفية فنصت على أنه « اذا توافرت أعذار شخصية معفية من العقاب فى حق أحد المساهمين فى ارتكاب الجريمة فلا يتعدى أثرها من تعلقت به . أما الأعذار المادية المعفية من العقاب فانها تسرى فى حق كل من ساهم فى ارتكاب الجريمة .

وبالمثل فان المادة ٦٣ نصت على أنه اذا اختلف قصد مساهم فى الجريمة أو كيفية علمه بها عن قصد غيره من المساهمين أو عن كيفية علمه ، عوقب كل منهم بحسب قصده أو كيفية علمه .

ونصت المادة ٦٤ على أن « من ساهم فى جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التى قصد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للمساهمة التى حصلت » .

فالمادتان لا تفرقان فى حكمهما بين المساهمين حسب ما اذا كان الواحد منهم فاعلا أم شريكاً، وكلمتا المساهم والمساهمة تضمان الفاعل والشريك سوياً لاسيما لأن المواد الخاصة بهما وردت تحت عنوان مشترك هو صور المساهمة(١) .

وما دام الأمر كذلك ووضع المشروع أحكام الظروف المتصلة بالجريمة دون أن يفرق فى هذه الأحكام بين المساهمين حسب صفتهم ، فقد كان يمكن ألا يصر بعد هذا على ابقاء التفرقة بين من هو فاعل من بينهم ومن هو شريك .

كان يمكن اذن الغاء هذه التفرقة والتسوية بين جميع من وقعت الجريمة بناء على نشاطهم .

ولكن المشروع قد استبقى فئة الشركاء ، وسمح بأن يخرج منها لينضم الى فئة الفاعلين ، كل من كان منهم ذا دور فعال فى تنفيذ الجريمة .

---

(١) أخذ المشروع كذلك فى المادة ٥٩ بحكم القانون الايطالى فى صدد الاتفاق أو التحريض الذى لا ينتج أثراً ولا تقع الجريمة بناء عليه ، اذ قضى بأنه يطبق فى صدده تدبير احترازى .

حول وراثة النساء عند العرب

فى الجاهلية

للدكتور محمود سلام زناتى

مدرس القانون الرومانى بجامعة أسيوط
والمنتدب للتدريس بجامعة القاهرة – فرع الخرطوم

المقصود بوراثة النساء أو الخلافة على النساء ذلك التقليد الذى يقضى بأنه عندما يموت رجل عن امرأة يخلفه عليها أحد ورثته : ابنه أو أخوه أو غيرهما من أقاربه . وهو تقليد مارسه كثير من الشعوب القديمة ولازال يمارس بواسطة عدد كبير من الشعوب التى مازالت تمر بمراحل حضارية أولية . وقد عرف العرب فى جاهليتهم هذا النظام وظلوا يمارسونه الى أن ألغاه الاسلام .

وقد أساء كثير من الكتاب فهم تقليد الخلافة على النساء فرأوا فيه نتيجة طبيعية لنظام الزواج بالشراء . فالزواج بالشراء – وهو الزواج الذى يتضمن قيام الزوج بدفع قدر من المال من أجل زوجته – يؤدى الى اكساب الزوج حق ملكية على زوجته . فالزوجة تعتبر جزءاً من أموال الزوج شأنها فى ذلك شأن صور الأموال الأخرى . فاذا مات الزوج آل حقه على زوجته الى من تؤول اليه بقية أمواله . فالوارث يرث الأرملة كما يرث غيرها من أموال التركة . والكتاب الذين تعرضوا لدراسة الزواج عند العرب ذهبوا نفس هذا المذهب ورأوا فى تقليد الخلافة على النساء تطبيقاً سليما للقواعد التى تحكم انتقال أموال الميت الى ورثته .

الا أن الدراسات الأنثروبولوجية الحديثة حملت عدداً كبيراً من الكتاب على التخلى عن النظر الى الزواج الذى يقترن بدفع قدر من المال من جانب الراغب فى الزواج بوصفه زواجاً بالشراء بالمعنى الدقيق . كما أنه يبدو واضحاً

من هذه الدراسات أن تقليد الخلافة على النساء أو ما يطلق عليه وراثة النساء Heritage des veuves, Inheritence of women لاينطوى على وراثه حقيقية . وبحثنا الحالى يستهدف دراسة تقليد وراثة النساء عند العرب فى الجاهلية فى ضوء الدراسات الأنثروبولوجية الحديثة على الخصوص ما كان منها متعلقاً بالشعوب والقبائل الافريقية مع الاستعانة بالدراسات المتعلقة ببعض الشعوب القديمة .

وستكون خطتنا فى البحث على النحو التالى :

دراسة تقليد وراثة النساء لدى الشعوب الافريقية المعاصرة .

ثم لدى بعض الشعوب القديمة .

وأخيراً لدى العرب فى الجاهلية .

(أولا) تقليد وراثة النساء عند الشعوب الافريقية

سنحاول فيما يلى بيان الشعوب التى تمارسه وتحديد دور المرأة بالنسبة له وذكر الآثار المترتبة عليه وبعد ذلك نحاول الوقوف على طبيعته والأسباب التى دعت الى وجوده .

١ ــ الشعوب التى تمارس هذا التقليد:

تقليد الخلافة على النساء على جانب كبير من الذيوع والانتشار لدى القبائل الافريقية الوثنية . والقبائل التى تمارسه تنتمى الى مراحل حضارية متفاوتة . فلكل مرحلة من مراحل الحضارة التى يمكن تسميتها فى شىء من عدم الدقة بالحضارة البدائية قبائل تمثلها بالنسبة لهذا التقليد . فمن بين الشعوب التى تعرف هذا التقليد شعوب تعتمد فى معيشتها على الرعى والقنص وشعوب تعتمد على الرعى والزراعة وشعوب تعتمد على الزراعة بصورة أساسية . ولو حاولنا الوقوف على توزيع هذه الشعوب من الناحية الجغرافية لوجدناها منتشرة فى معظم جهات القارة الافريقية فى جنوبها وشرقها وغربها

فضلا عن أنها تنتمى الى أجناس مختلفة . ولذلك نستطيع القول دون خوف الوقوع فى المبالغة أن هذا التقليد يكاد يكون عاماً لدى القبائل الافريقية الوثنية (١) .

٢ ـ دور المرأة فى ظل هذا التقليد :

هذا بالنسبة لمدى انتشار هذه العادة . فاذا انتقلنا الآن الى نقطة أخرى وهى معرفة الدور الذى تلعبه الأرملة فى ظل هذا التقليد وجدنا أن المرأة تتمتع لدى الغالبية العظمى من الشعوب بحرية كبيرة سواءفى الخضوع لأحكامه أم فى اختيار الشخص الذى يحل محل زوجها . فلو أننا استعرضنا أحكام هذا التقليد لدى الشعوب المختلفة لوجدنا أن الأرملة يعترف لها أولا بالحق فى أن تختار بين الخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له كما يعترف لها بالحق اذا رغبت فى الخضوع له أن تختار القريب الذى تفضل الحياة معه .

فلدى الدنكا والنوير مثلا لا تجبر الأرملة على البقاء فى أسرة زوجها وانما تستطيع اذا رغبت أن تعود الى أسرتها . أما اذا فضلت الاستمرار

(١) تذكر من بين القبائل التى تمارس أو كانت تمارس هذا التقليد :

الهوتنتوت I. Schapera, The Khoisan peoples ص ٢٥٤

التسوانا I. Schapera, A Handbook of Tswana law and custom ص ١٦٤ ومابعدها .

الكبزيجيز Peristiany, The socia institutions of the Kipsigis ص٨٣

الاكبا lindblom, The Akamba ص ٨٤

السوكوما Hans Cory , Sukuma law and custom بند ٨٥ وما بعده .

الدنكا والنوبا Seligman, Pagan Tribes of the Nilotic Sudan ص ١٦٣ ، ٣٨٩

الشيلوك Audrey Butt, The Nilotes ص ٦١

النوير Howell, A Manual of Nuer law ص ٧٨

الماساي Merwer, Die Massai ص ٤٩

القونجا E. Colson, Marriage add the Family ص ٢١٤

الأزاندى P. T. W. Baxter, The Azande ص ٦٩

داهوى Melville J. Hershovits, Dahomey ص ٣٢٥

فى الحياة مع أهل زوجها فلها أن تختار أحد أخوة زوجها المتوفى أو أحد أبنائه من زوجة أخرى بل قد يسمح لها بأن تختار أى شخص من عشيرة زوجها [1] .

ولدى الكجاتلا (احدى قبائل التسوانا) [2] كان للأرملة حرية اختيار الرجل الذى تقبله عشيراً لها . وكان ذلك يتم عن طريق الاجراء التالى :

بعد انتهاء فترة الحداد ببعض الوقت كانت تقام وليمة صغيرة فى بيتها يحضرها أقارب الزوج . وتجلس الأرملة فى وسط الفناء بجوار قدر كبير مملوء جعة . فكان الأخ التالى لزوجها يذهب الى القدر ويرفع عنه الغطاء فاذا كانت لا ترغب فيه كانت تعيد الغطاء وعندئذ يتقدم الرجل التالى فى الترتيب ويأتى نفس الحركة ويستمر ذلك حتى تترك الأرملة الغطاء باقياً فى مكانه وتبدأ فى تقديم الجعة . فيكون ذلك علامة على أنها اختارت هذا الرجل بالذات . الا أنه كان من حقها أن ترفضهم جميعاً اذا كان لها ابن كبير يمكنه أن يرعاها ويرعى ثروة أبيه [3] .

ويتحدث Merher عن هذا التقليد لدى الماساى فيقول :

" Wird die Ehe durch den Tod des Maunes aufgelöst, so kann die Witwe mit ihrem Willen in den Besitz dessen ältesten Bruder oder Habbsuder ubergehen " [4]

"اذا انحل الزواج بوفاة الزوج فان الأرملة تستطيع بارادتها أن تنتقل الى حيازة أخيه الأكبر الشقيق أو غير الشقيق" .

---

(١) الدنكا Seligman ص ١٦١ ، النوير Howell ص ٨٠

(٢) يطلق على هذا التقليد لدى التسوانا عبارة معناها « to enter her hut » .

(٣) أنظر Schapera A Handbook ص ١٩٤ وما بعدها و Married life in an African Tribe ص ٣١٨

(٤) Die Massai ص ٤٩ ، أنظر أيضاً السوكوما بند ٨٥ ، الكبزيجيز ص ٨٣ ، القونجا ص ٢١٥

وأضح مما تقدم اذن أن هذا التقليد ينظر اليه لدى كثير من القبائل بوصفه حقاً للمرأة لها أن تفيد منه اذا رأت أن مصلحتها فى الخضوع له ولها أن تتنازل عنه اذا رأت أن مصلحتها فى عدم الخضوع له . واذا أرادت الخضوع له فانها تتمتع بحرية كبيرة فى اختيار الشخص الذى ترغب فى أن يحل محل زوجها .

٣ ــ الأشخاص الذين لهم حق معاشرة الأرملة :

يختلف تكوين قائمة الأشخاص الذين لهم حق بالنسبة للأرملة من قبيلة الى أخرى . لكن يمكن القول كقاعدة عامة أن الأشخاص الذين يأتون فى المقدمة هم الأبناء والأخوة ثم غيرهم من الأقارب الأقربين حسب درجة قرابتهم . وللابن أن يأخذ نساء أبيه فيما عدا أمه [١] . وللأخ عند عدم وجود أولاد للميت أو فى حالة كون هؤلاء مازالوا صغاراً أن يأخذ زوجة أو زوجات أخيه . واذا تعدد أخوة الميت تقسم بينهم زوجاته . ويقضى العرف لدى بعض القبائل بألا يأخذ الأخ الأكبر أرملة أخيه الأصغر لأنه يعتبر بمثابة أب بالنسبة له بينما لدى البعض الآخر يفضل الأخ الأكبر على الأصغر فى هذا الخصوص . والقاعدة أيضاً أن يفضل الأخ الذى لم يتزوج بعد على الأخ الذى لديه زوجة .

الا أنه من الممكن للأرملة أن تعيش مع شخص آخر خلاف هؤلاء وطالما أن هذا الشخص الذى اختارته ينتمى الى أسرة الزوج أو أقاربه الأقربين أو حتى عشيرته فنادراً ما يثير ذلك صعوبات بالنسبة لها حيث أن الأولاد الذين تنجبهم منه يرحب بهم بصفتهم أبناء لزوجها المتوفى . لكن ليس للأرملة اذا قررت البقاء مع أهل زوجها أن تتخذ عشيراً لها من خارج عشيرتهم . واذا فعلت فانهم يظهرون نحوها ازدراء واحتقاراً

---

(١) لا يحدث ذلك عادة الا فى حالة الرجل المسن الذى يموت تاركاً أرملة شابة . ففى العادة اذا مات الرجل وهو حديث السن فان أولاده يكونون أصغر من أن يعاشروا أرملة واذا مات وهو مسن فان زوجاته يكن عادة مسنات ويعشن مع أولادهن .

وقد يسببون لها المتاعب وقد ينتهى الأمر بطردها واعادتها الى أسرتها ومطالبة وعلى الأخيرة برد المهر الذى دفع من أجلها إذا لم تكن قد أنجبت عدداً كافياً من الأولاد . بل لأسرة زوجها فى هذه الحالة أن تطالب بتعويض عن الزنا من الشخص الغريب الذى يعاشرها (١) .

٤ ـ الآثار المترتبة على تقليد وراثة النساء :

تترتب على تقليد وراثة النساء الآثار الآتية :

(ا) يكتسب ابن الزوج أو أخوه أو غيرهما من أقاربه الحق فى معاشرة الأرملة جنسياً . لكن الاتصال الجنسى بالأرملة ليس حقاً لمن يعاشرها فحسب وانما هو واجب عليه أيضاً . فالعرف يقضى لدى بعض القبائل بضرروة اتصال الرجل بالأرملة حتى ولو كانت أكبر منه سناً وذلك حتى تصل الى سن اليأس . ولا يجرؤ الرجل على اهمال الأرملة من الناحية الجنسية نظراً لأن هناك اعتقاداً سائداً لدى هذه القبائل بأن الأسلاف فى هذه الحالة سيعاقبونه بالموت (٢) . ولدى البعض الآخر يستنكر الرأى العام موقف خلف الزوج الذى لايتصل بالأرملة من وقت الى آخر (٣) .

(ب) يبقى الزواج الأول قائماً وتبقى الأرملة زوجة لزوجها المتوفى والأولاد الذين تلدهم نتيجة اتصالها بخلف الزوج يعتبرون أولاد الزوج وينسبون اليه ويرثون منه . فهم لا ينسبون الى والدهم الحقيقى أو العضوى وبالتالى لا يرثون منه لأنهم يعتبرون تابعين لبيت آخر . وهم لاينادون عشير أمهم الذى أنجبهم بكلمة أب وانما باصطلاح العلاقة القانونية

---

(١) النوير Howell ص ٧٩ ، التسوانا ص ١٦٦

(٢) داهومى ص ٣٢٥

(٣) التسوانا ص ١٦٦

التى تربطه بهم كعم مثلا . والأولاد الذين تم حملهم وولادتهم بعد وفاة الزوج يعاملون على قدم المساواة مع الأولاد الذين ولدوا قبل وفاته فالجميع يعتبرون أولاده [1] .

(ج) يلتزم عشير الأرملة بأن يرعاها وأولادها ، بأن يساعدها فى زراعة حقلها وبأن يشرف على ماشية زوجها وبأن يوفر لها الملبس وبأن يحميها ويدافع عنها . وبصفة عامة يسهر على سعادتها وسعادة أولادها ويكون ولياً لها ولأولادها .

(د) اذا كان للأرملة ابن كبير فليس من اللازم أن تعاشر أحداً من أقارب زوجها فقد تفضل الاقامة مع ابنها الذى يتكفل برعايتها وتوفير الطعام والملبس لها .

(هـ) اذا رفضت الأرملة معاشرة أحد من أقارب زوجها فلها اذا شاءت أن تعود الى بيت أبيها وتأخذ معها أولادها الصغار لتشرف على تربيتهم ويعود هؤلاء الى أسرة أبيهم عندما يكبرون . ولها أن تتزوج ثانية اذا شاءت كما لها أن تبقى دون زواج اذا فضلت ذلك أو لم تتح لها فرصة الزواج . لكن أسرة الأرملة تلتزم عندئذ برد المهر اذا لم تكن قد أنجبت لزوجها أولاداً أو جزءاً منه اذا لم تكن قد أنجبت عدداً كافياً منهم . وينتظر عادة الى زواج الأرملة ثانية حيث يقوم أهلها باعطاء أهل الزوج الميت المهر الذى يدفعه الزوج الجديد . أما اذا فضلت الأرملة البقاء مع أهل زوجها فيتعين عليها

---

(1) لدى القونجا ينتمى الأولاد الى عشير المرأة الذى أنجبهم . وفى ذلك تقول "The widow becomes his wife, who will bear him children of whom he will be both physical and legal father" ص ٢١٥ Elizabeth Colsen الا أن ذلك لا أهمية له كثيراً لدى القونجا حيث أنهم يسيرون على مبدأ النسب الأمى فأولاد المرأة سواء من زوجها الميت أم من الذى حل محله يعتبرون أعضاء فى أسرتها وينتسبون اليها ويرثون منها .

عندئذ أن تختار أحد أقاربه عشيراً لها فاذا رفضتهم جميعاً وقبلت شخصاً غريباً كعشير لها فان من حق أقارب الزوج أن يطالبوا عشيرها بتعويض لأن عمله هذا ينطوى على زنا حيث أن المرأة تعتبر مازالت فى عصمة زوجها . الا أن الأولاد المولودين حتى فى هذه الحالة يعتبرون أولاد الزوج المتوفى . لكن لاشك أن الحالة التى تتخذ فيها الأرملة عشيراً من غير أقارب زوجها رغم اعتراض هؤلاء نادرة الحدوث .

٥ ــ طبيعة هذا التقليد وأسباب وجوده :

قدمنا أن كثيراً من الكتاب الأقدمين أساءوا فهم طبيعة الخلافة على النساء فرأوا فيه مظهراً من مظاهر انحطاط وضع المرأة لدى الشعوب التى تمارسه ففى رأيهم أن المرأة فى ظل هذا النظام تعتبر جزءاً من تركة زوجها المتوفى شأنها فى ذلك شأن الماشية والمنقولات الأخرى التى تتكون منها التركة ، وأن المرأة تؤول الى الوارث كما تؤول اليه بقية الأموال . ومعنى ذلك بعبارة أخرى أن حق الملكية الذى كان للزوج على زوجته ينتقل بوفاته الى وارثه فيصبح هذا الأخير مالكاً للمرأة [١] . والواقع أن هذه النظرة كما رأينا نتيجة طبيعية ومنطقية لنظرتهم الى الزواج المقترن بمهر بوصفه شراء للزوجة من جانب الزوج مقابل الثمن الذى يدفعه ممثلا فى المهر . فلما كان الزواج فى عرفهم شراء فان الزوج يكتسب على زوجته حق ملكية فاذا مات كان من الطبيعى أن ينتقل حقه عليها الى الشخص الذى تنتقل اليه حقوقه على أمواله الأخرى .

الا أن هذا التكييف لطبيعة تقليد الخلافة على النساء ان كان يمتاز بالبساطة والمنطق فان أساسه غير سليم . فهو يقوم على فكرة أن الزواج

---

(١) نضرب لذلك مثلا E. N. Follaipe فى مقاله المنشور فى Encyclopœdia of Religian and Ethics حيث يقول: " Many primitive peoples, especially in Africa, regard wives and daughters as an important part of the estate, to be transmitted in accordance with regular rules of inheritance with the rest of property." جـ ٧ تحت كلمة Inheritance .

المقترن بمهر انما هو شراء وقد سبق أن رأينا أن هذه النظرية لم يعد مسلماً بها الآن . فلم يعد الباحثون ينظرون الى الزواج المقترن بمهر بوصفه شراء ولا الى المهر بوصفه ثمناً للزوجة . وكان يمكن أن يكفى فى نفى الرأى القائل بأن المرأة تورث كما تورث بقية أموال الزوج الميت الاحتجاج بأن الزواج لايعطى الزوج على زوجته حق ملكية وبالتالى لايستطيع أن يورث زوجته لأحد ورثته تطبيقاً لقاعدة أن فاقد الشيء لايعطيه . لكننا سنبين فيما يلى أن رأى هذا الفريق من الكتاب مبنى على خطأ فى فهم هذا النظام . وأن هذا النظام كما نجده ممارساً لدى معظم الشعوب الافريقية بعيد كل البعد عن أن يكون وراثة للأرملة بواسطة وارث الزوج المتوفى وأن المرأة فى ظله بعيدة كل البعد عن أن تكون جزءاً من التركة مثلها مثل الماشية والمنقولات الأخرى .

وهاهى ذى فيما يلى الأدلة التى نراها واضحة فى نفى هذه الصفة عن تقليد الخلافة على النساء .

(ا) أول هذه الأدلة وأقواها فى نظرنا هو ما تتمتع به الأرملة من حق الاختيار بين الخضوع لأحكام هذا النظام أو عدم الخضوع له . فقد رأينا أن الأرملة لها الحق فى أن تستمر فى الحياة مع أهل زوجها والخضوع لهذا النظام . كما أن لها الحق فى أن تعود الى أسرتها فتتفادى الخضوع له . وفضلا عند ذلك رأينا أن المرأة اذا قبلت الاستمرار فى الحياة مع أهل زوجها وأبدت بذلك استعدادها للخضوع لأحكام هذا النظام كانت لها الحرية فى أن تختار الرجل الذى تقبل أن يعاشرها . وليس هناك أوضح من ذلك دليلا على أن هذا النظام بعيد كل البعد عن أن يكون وراثة للمرأة بواسطة ورثة الزوج وعن أن تكون المرأة فيه موضوعاً لحق ملكية ينتقل من المورث الى وارثه . فليس من المتصور أن تكون المرأة جزءاً من التركة ومع ذلك تستطيع أن تحول بين نفسها

وبين الوارث وليس من المتصور أن تكون المرأة جزءاً من التركة وتتحكم فى اختيار من تؤول اليه ، فان ذلك من شأنه أن يقلب أحكام المواريث رأساً على عقب .

(ب) ثانى هذه الأدلة هو أن الأرملة اذا كان لها ابن كبير يستطيع رعايتها والقيام عليها فانها لاتخضع لهذا النظام حتى ولو رغبت فى الاستمرار فى الحياة مع أهل زوجها . ويقتصر الأمر عندئذ على أن تعيش الأم مع ابنها حيث يقوم هذا الأخير برعايتها والعناية بها . فهذه الأرملة اذن لا تؤول الى أخ زوجها أو الى ابن له من زوجة أخرى .

(جـ) على الرغم من أن الأرملة تتمتع بحق العودة الى أسرتها فالملاحظ عملا أن معظم الأرامل يفضلن البقاء مع أهل أزواجهن والخضوع لنظام الخلافة على النساء . ومعنى ذلك أن الأرامل يجدنه محققاً لمصالحهن . فالأرملة التى لم تنجب أولاداً ستتاح لها فرصة أخرى بمعاشرة قريب الزوج ، فلا عليها أن تعود الى أسرتها وترد هذه مهرها وتسعى هى الى زواج جديد قد توفق اليه وقد لا توفق . والأرملة التى أنجبت أولاداً مازالوا صغاراً من مصلحتها أن تبقى معهم وأن تربيهم فى بيت زوجها حيث تجد من الرجل الذى حل محل زوجها خير مساعد لها فى توفير أسباب الحياة لها ولأولادها . فعشير الأرملة عليه واجبات فى مواجهتها مقابل الحقوق التى له عليها . بل ان واجباته فى مواجهتها قد تزيد على حقوقه عليها . فالأولاد الذين يولدون منها لاينتمون اليه وانما ينتمون الى زوجها الميت . فكان كل مايحصل عليه منها هو مجرد الحق فى الاتصال بها جنسياً . والظاهر أن ذلك أيضاً أقرب الى أن يكون عبئاً عليه من أن يكون مزية له . فالغالب أن تكون الأرملة قد جاوزت سن الشباب والغالب أن تكون

قد فقدت من أنوثتها وجاذبيتها . ولذلك فاننا نجد تقاليد بعض القبائل تقضى بضرورة أن يتصل قريب الزوج بالأرملة جنسياً كلما جاء دورها وبألا يحرمها من هذا الحق حتى تصل الى سن اليأس ولدى البعض الآخر يستنكر الرأى العام موقف العشير الذى لايتصل بالأرملة من وقت الى آخر .

لكن اذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن تفسير نشأة هذا النظام . الواقع أن هذا النظام يستند الى عدة اعتبارات : الاعتبار الأول هو رعاية الأرملة وأولادها . قد يقال أنه ليس من الضرورى وجود مثل هذا النظام لامكان رعاية مصلحة الأرملة وأولادها وأن أقارب الزوج المتوفى سيتكفلون بذلك دون حاجة الى مثل هذا النظام وقد يحتج لذلك بأن روح التضامن بين الأقارب خير ضامن لاهتمام أقارب الزوج بأرملته وأولاده ورعايتهم لمصالحهم . لكن كلنا يعرف أن انكار الذات المستمر والتضحية الدائبة ليست من طبيعة البشر وأن الشخص الذى قد يعهد اليه برعاية الأرملة والأولاد يوشك مع مرور الزمن أن يتراخى فى أداء واجباته نحوهم أو أن يهمل فى منحهم القدر اللازم من الرعاية والعناية وليس سوى خلق رابطة وثيقة بين الأرملة وهذا الشخص وسيلة لجعله يستمر فى العناية بهم وليس هناك أفضل من ايجاد رابطة أقرب الى الرابطة الزوجية تقويها وتشد من أزرها الحياة اليومية بما تقتضيه من التعاون وتبادل المنفعة . فنظام الخلافة على النساء فى نظرنا خير وسيلة لكفالة الاهتمام بمصالح الزوج المتوفى التى تتمثل فى زوجته وأولاده . لكن من الممكن أن تنضاف الى هذا الاعتبار اعتبارات أخرى . فطالما أن الأرملة شابة قادرة على الانجاب فينبغى ألا تترك طاقة انجابها معطلة فليس ذلك فى مصلحتها ولا مصلحة الجماعة التى ينتمى اليها الزوج . فللمرأة مصلحة ظاهرة فى أن تصير أماً وفى أن ترى عدد أولادها فى تزايد مستمر . كذلك من الواضح أن لجماعة الزوج مصلحة فى أن يزداد عدد أفرادها ففى زيادتهم زيادة لقوتها ورفعة لمكانتها .

(ثانياً) تقليد وراثة النساء عند الشعوب القديمة

من الشعوب القديمة التي عرفت تقليد وراثة النساء فى صورة أو أخرى من صوره الأشوريون والعبريون .

فلدى الأشوريين كان يلجأ الى تقليد وراثة النساء بالنسبة للأرملة سواء أكان لها أبناء أم لم يكن . وكان واجب الزواج منها ملقى على عاتق أخوة الزوج الميت . فاذا لم يكن للميت أخوة كان أبوه يصبح ملزماً بهذا الواجب . فاذا لم يكن للميت أخوة أو أب فان هذا الواجب يمتد الى أبناء الميت من زوجة أخرى أو أبناء أبنائهم (١) .

كذلك لدى العبريين كانت العادة أن يتزوج الأخ أرملة أخيه الذى لم ينجب أبناً وكان الابن البكر الذى يولد من هذا الزواج يعتبر ابناً للرجل الميت فيحمل اسمه ويرث ثروته . وننقل فيما يلى النص الخاص بهذا النوع من الزواج عن الديترونامه (Deut. 25, 5—I0) (اذا كان أخوة يقيمون معاً ومات أحدهم دون ابن فان زوجة الميت لا تتزوج فى الخارج من أجنبى ، أخو زوجها يذهب اليها ويأخذها كزوجة بوصفه أخ زوج . والمولود الأول الذى تلده يخلف الأخ الميت ويحمل اسمه حتى لا يمحى اسمه من اسرائيل . واذا لم يرق لهذا الرجل أن يأخذ زوجة أخيه عندئذ تذهب زوجة أخيه نحو البوابة الى الشيوخ وتقول « أخو زوجى يرفض رفع اسم أخيه فى اسرائيل ولا يريد الزواج منى بحق أخى الزوج » . عندئذ يدعوه شيوخ مدينته ويكلمونه واذا أصر وقال لا أريد أن آخذها . عندئذ تقترب منه زوجة أخيه أمام الشيوخ وتسحب نعله وتبصق فى وجهه وتتكلم قائلة « هكذا يفعل بالرجل الذى لايقيم بيت أخيه . ويطلق على اسمه فى اسرائيل « بيت الذى سحب نعله ») (٢) .

واضح أن ما يتضمنه هذا النص انما هو بيان لصورة من صور الخلافة على النساء ونلاحظ أن الخلافة على النساء لدى العبريين طبقاً لما هو مبين

(١) E. Neufeld Ancient Hebrew Morriagelaws ص ٥١

(٢) المؤلف السابق ص ٢٣

فى هذا النص يشبه الخلافة على النساء لدى الشعوب الافريقية من بعض الوجوه لكن يختلف عنه بالنسبة للبعض الآخر .

فتقليد الخلافة على النساء لدى اليهود يشبه تقليد الخلافة على النساء لدى الشعوب الافريقية من الوجوه الآتية :

(ا) أن الشخص الأولى من غيره فى معاشرة الأرملة هو أخو الزوج الميت .

(ب) أن الابن الذى يولد من العلاقة بين الأرملة وأخى زوجها ينسب الى الزوج الميت .

(ج) أن معاشرة الأرملة واجب ملقى على عاتق أخى الزوج وليس مجرد حق له . يتضح ذلك لدى اليهود من التحقير والاهانة العلنية التى يتعرض لها الأخ الذى يرفض القيام بهذا الواجب . فهذا الواجب يعتبر فى الواقع تطبيقاً من التطبيقات المتعددة لروح التضامن السائدة بين ذوى القربى والتى يعتبر الاخلال بمقتضياتها ذنباً جسيما يعرض صاحبه بسخط الرأى العام فى جماعته .

الا أن الخلافة على الأرامل لدى العبريين – على الأقل فى صورتها التى انتهت اليها وسجل بها فى الدوتيرونامه – تختلف عن الخلافة على الأرامل لدى الشعوب الافريقية من الوجوه التالية :

(ا) واجب الزواج من الأرملة ينحصر طبقاً للنص السابق فى أخوة الزوج الميت . ومعنى ذلك أن غيرهم من الأقارب ليس ملزماً به . على خلاف الحال لدى القبائل الافريقية حيث يقع واجب معاشرة الأرملة على عاتق أقارب الميت الأقربين حسب ترتيبهم فى درجة القرابة اليه . فاذا امتنع الأقرب عن استخدام حقه حل محله فيه من يليه فى الدرجة .

(ب) لا محل للخلافة على الأرملة لدى اليهود فى حالة موت زوج دون أن يترك ابناً . بينما الخلافة على الأرامل لدى الشعوب الافريقية يلجأ اليها فى الحالين أى سواء أكانت الأرملة قد أنجبت أم لم تنجب لزوجها أولاداً .

(ج) طبقاً لأحكام تقليد زواج الأخ من أرملة أخيه – لدى اليهود – الابن الأول فقط الذى تنجبه الأرملة من معاشرة أخى زوجها هو الذى ينسب الى الزوج الميت . أما الآخرون فانهم ينسبون الى من أنجبهم . على خلاف الحال لدى القبائل الافريقية حيث ينسب جميع الأولاد الذين يولدون من العلاقة بين الأرملة ومن حل محل زوجها الى الزوج الميت .

ويذهب بعض الباحثين فى نظام زواج الأخ من أرملة أخيه لدى اليهود الى أن هذا النظام يستهدف حماية الأرملة التى لاولد لها . فالأرملة التى لا ولد لها فى أمس الحاجة الى الرعاية حيث أن وضعها كان فى غاية السوء سواء من الناحية المالية أم من الناحية الاجتماعية . فمن الناحية المالية لم تكن الأرملة التى لاولد لها تصيب شيئاً من أموال زوجها على خلاف التى لها أولاد فان هؤلاء كانوا يرثون من أبيهم وكانوا ملزمين بالانفاق على أمهم . ومن الناحية الاجتماعية كانت الأرملة التى لا ولد لها ينظر اليها باعتبارها معاقبة من الاله وكانت مجردة من كل احترام ومنبوذة من المجتمع ويفسر ذلك ماكانت تجرى عليه عادة المرأة العبرية فى الأزمنة القديمة من دعائها ربها قائلة « اعطنى أولاداً ، والا أموت » (١) . فالخلافة على الأرامل لدى العبريين كانت تستهدف فى الواقع مصلحة الأرملة الى جانب الأغراض الأخرى التى كانت تحققها من ايجاد وارث لزوجها الميت ومن زيادة عدد أفراد جماعته .

---

(١) المؤلف السابق ص ٢٩ .

(ثالثاً) تقليد وراثة النساء عند العرب

لم يشذ عرب الجاهلية عن غيرهم من الشعوب التى كانت أو ماتزال تعيش فى ظروف مماثلة لظروف حياتهم . فقد عرفوا هم أيضاً نظام الخلافة على النساء وظلوا يمارسونه حتى نزلت الآيتان الكريمتان :

" ياأيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها "

" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء "(١) .

فالآية الأولى تحرم وراثة النساء رغماً عن ارادتهن وتحرم الثانية أن يخلف الابن أباه على زوجته بصورة مطلقة أى حتى ولو كان ذلك برضاها .

وقد كان تفسير هاتين الآيتين فرصة للمفسرين لكى ينقلوا الينا أخبار وراثة النساء كما كان يمارسها العرب فى جاهليتهم . فقد ذكر إبن جرير الطبرى فى تفسيره للآية الأولى أن الله « تبارك وتعالى .. يقول لا يحل لكم أن ترثوا نكاح نساء أقاربكم وآبائكم كرهاً . فان قال قائل كيف كانوا يرثونهن وما وجه تحريم وراثتهن فقد علمت أن النساء مورثات كما الرجال مورثون . قيل ان ذلك ليس من معنى وراثتهن اذا هن متن فتركن مالا وانما ذلك أنهن فى الجاهلية كانت احداهن اذا مات زوجها كان ابنه أو قريبه أولى بها من غيره ومنها بنفسها ان شاء نكحها وأن شاء عضلها فمنعها من غيره ولم يزوجها حتى تموت فحرم الله تعالى ذلك على عباده وحظر عليهم نكاح حلائل آبائهم ونهاهم عن عضلهن عن النكاح » .

فابن جرير يوضح أن المقصود بوراثة النساء ليس هو وراثة أموالهن كما قد يتبادر الى الذهن وانما المقصود بها تلك العادة المعروفة لدى العرب فى الجاهلية والتى كانت تقضى بأن يرث أقارب الميت نكاح زوجته .

ويقرر ابن جرير بعد ذلك أن النحو الذى ذهب اليه فى تفسير هذه الآية هو النحو الذى ذهب اليه غيره من أهل التأويل . وقد أورد عدة روايات فى تفسير هذه الآية عن عدد من المفسرين . والروايات التى ذكر

(١) سورة النساء ، الآيتان ١٩ ، ٢٢

يشبه بعضها البعض أحياناً وأحياناً تتفاوت فيما بينها . وسنختار فيما يلى الروايات التى تتضمن معلومات اضافية تاركين تلك التى لا تنطوى على شىء جديد (١) .

عن ابن عباس قال : كانوا اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته ان شاء بعضهم تزوجها ، وان شاؤا لم يزوجوها وهم أحق بها من أهلها .

عن السدى : ان الرجل فى الجاهلية كان يموت أبوه أو أخوه أو ابنه فاذا مات وترك امرأته فان سبق وارث الميت فألقى عليها ثوبه فهو أحق بها أن ينكحها بمهر صاحبها أو ينكحها فيأخذ مهرها وأن سبقته الى أهلها فهم أحق بنفسها .

عن ابن زيد : كانت الوراثة فى أهل يثرب بالمدينة ههنا . فكان الرجل يموت فيرث ابنه امرأة أبيه كما يرث أمه ، لاتستطيع أن تمتنع فان أحب أن يتخذها كما كان أبوه يتخذها ، وان كره فارقها ، وان كان صغيراً حبست عليه ، حتى يكبر فان شاء أصابها ، وان شاء فارقها .

عن مجاهد قال : كان اذا توفى الرجل كان ابنه الأكبر أحق بامرأته لينكحها اذا شاء — اذا لم يكن ابنها — أو ينكحها من شاء أخاه أو ابن أخيه .

عن عكرمة قال : نزلت فى كبيشة بنت معن بن عاصم من الأوس توفى عنها أبو قيس بن الأسلت فجنح عليها ابنه فجاءت النبى (صلعم) فقالت يانبى الله لا أنا ورثت زوجى ولا أنا تركت فأنكح فنزلت هذه الآية :

وينتهى ابن جرير الى أن تأويل هذه الآية يكون على النحو التالى :

---

(١) فى ايرادنا لهذه الروايات اكتفينا بذكر المصدر الأخير الذى نقلت عنه الرواية دون تتبع سلسلة العنعنة من البداية الى النهاية لأن الذى يهمنا هو فحوى الرواية أكثر منه سلسلة رواتها ولمن شاء الوقوف على تفصيل الرواة أن يرجع الى الأصل فى تفسير ابن جرير .

"يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا آباءكم وأقاربكم نكاح نسائهم كرهاً" فترك ذكر الآباء والأقارب والنكاح ووجه الكلام الى النهى عن وراثة النساء ، اكتفاء بمعرفة المخاطبين بمعنى الكلام اذ كان مفهوماً معناه عندهم .

وذكر القرطبي فى تفسير هذه الآية مايلى : وقد كان فى العرب قبائل قد اعتادت أن يخلف ابن الرجل على امرأة أبيه ، وكانت هذه السير فى الأنصار لازمة وكانت فى قريش مباحة مع التراضى . ألا ترى أن أبا عمرو ابن أمية خلف على امرأة أبيه بعد موته فولدت له له مسافراً وأبا مقيط ، وكان لها من أمية أبو البيص وغيره فكان بنو أمية أخوة مسافر وأبى مقيط وأعمامهما .

وفى تفسير الآية الثانية «ولا تنكحوا مانكح اباؤكم من النساء» ذكر ابن جرير أن هذه الآية نزلت فى قوم كانوا يخلفون على حلائل فجاء الاسلام وهم على ذلك فحرم عليهم المقام عليهن وعقالهم عما كان سلفاً منهم فى جاهليتهم بينما يروى القرطبى فى تفسيرها أن الناس كانوا يتزوجون امرأة الأب برضاها بعد نزول قوله تعالى «ياأيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها» حتى نزلت هذه الآية فصار حراماً فى الأحوال كلها.

نستطيع الآن أن نستخلص من الروايات المختلفة السابقة الخصائص التى كان يتسم بها تقليد الخلافة على النساء كما كان ممارساً لدى العرب فى الجاهلية . هذه الخصائص هى :

١ — صاحب الحق فى معاشرة الأرملة هو ابن الميت أو أخوه أو أحد عصبته الآخرين . واذا تعدد الأبناء فالابن الأكبر هو صاحب الحق المتقدم . واذا كان الابن صغيراً حبست عليه الأرملة حتى يكبر . واذا لم يكن للميت أبناء مطلقاً فان حق معاشرة أرملته يكون لأخيه . فاذا لم يكن له أخوة آل هذا الحق الى عصبة الأقرب فالأقرب .

٢ — لا يدفع من يخلف الميت على أرملته صداقا سوى الصداق الذى دفعه الميت . ولمن خلف على الأرملة أن يزوجها ويأخذ صداقها . أو أنه يعضلها فلا هو يتزوجها ولا هو يفارقها حتى تفتدى نفسها ..

٣ — لم يكن يشترط لممارسة هذا التقليد عدم وجود أبناء للميت بل كان من الممكن الالتجاء اليه حتى ولو كان الميت قد ترك وراءه أبناءاً .

٤ — كانت هناك طريقة شكلية معينة كان على الوارث أن يتبعها لاعلان ارادته استخدام حقه فى معاشرة الأرملة وهى أن يلقى بثوبه عليها . كما كان للأرملة وسيلة تستطيع بمقتضاها أن تتفادى الخضوع لهذا التقليد وهى أن تلحق بأهلها قبل أن يلقى وارث الزوج ثوبه عليها .

٥ — يروى القرطبى أن هذه السيرة كانت فى الأنصار لازمة وكانت فى قريش مباحة مع التراضى .

والآن بعد أن وقفنا على خصائص الخلافة على النساء لدى العرب فى الجاهلية — بقدر ماسمحت لنا به المعلومات التى وصلت الينا عنه — نستطيع أن نعقد مقارنة بينها وبين خصائصها لدى الشعوب الافريقية المعاصرة .

هناك أولا وجوه شبه ظاهرة :

١ — الأشخاص الذين لهم الحق فى معاشرة الأرملة لدى العرب هم أبناء الميت من زوجة أخرى أو أخوته أو عصبته الآخرون على الترتيب السابق فيما بينهم . وقد رأينا أن هذه أيضاً هى القاعدة لدى الشعوب الافريقية .

٢ — لم يكن العرب يشترطون لامكان الالتجاء الى هذا التقليد الا يكون للميت ذرية وانما كانوا يلجأون اليه حتى ولو كان الميت قد ترك وراءه أولادا وهو نفس ماتجرى عليه الشعوب الافريقية .

٣ — لم يكن العرب يتطلبون من صاحب الحق فى معاشرة الأرملة أن يدفع مهراً جديداً . كما كان لوارث الميت الحق فى الحصول على مهر الأرملة اذا رغبت الزواج من آخر أو استرداد المهر من أسرتها اذا لم ترغب فى البقاء معه . وهم فى ذلك يتساوون مع الشعوب الافريقية .

ولكن المعلومات التى لدينا عن وراثة النساء لدى العرب قاصرة من وجوه ، فهى قاصرة من حيث بيان الرجل الذى كان ينسب اليه الأولاد

الذين تلدهم الأرملة من علاقتها بوارث زوجها : هل كانوا ينسبون الى زوجها الميت أم كانوا ينسبون الى والدهم الفعلى وهو الوارث ؟ كذلك لا تدلنا هذه المعلومات بصورة واضحة على دور المرأة : هل كان لها الحق فى الاختيار بين الخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له . وهل كان لها الحق فى اختيار الرجل الذى تعاشره أم لم يكن لها مثل هذا الحق ؟ . .

سنحاول فيما يلى الاجابة عن هذه الأسئلة مستعينين بالمعلومات التى لدينا عن الشعوب الأخرى التى عرفت هذه العادة .

(أولا) قد نتساءل عما اذا كان الأولاد الذين تنجبهم الأرملة من الرجل الذى حل محل زوجها الميت ينسبون الى الزوج الميت أم الى الرجل الذى أنجبهم فعلا . وبعبارة أخرى هل كان العرب يفرقون فى هذا الخصوص بين الأب القانونى وبين الوالد العضوى فينسبون الأولاد الى أبيهم القانونى ولو كان والدهم العضوى شخصاً آخر ؟ ليس هناك فى الواقع من الآثار ما يمكننا من الاجابة على هذا السؤال بطريقة مقنعة . فالعبارة الوحيدة التى عثرنا عليها والتى تتصل بهذه النقطة وردت فى تفسير القرطبى . هذه العبارة هى « ألا ترى أن أبا عمرو بن أمية خلف على امرأة أبيه بعد موته فولدت له مسافراً وأبا مقيط ، وكان لها من أمية أبو العيص وغيره فكان بنو أمية أخوة مسافر وأبى مقيط وأعمامهما » . الا أن هذه العبارة لا ترجح أيا من الجانبين . فهى تقتصر على تقرير أمر واقع من أن أولاد الأرملة من زوجها الميت يعتبرون أخوة لولدها من ابنه الذى حل محله فى معاشرتها . وفى نفس الوقت يعتبرون أعماماً لها . فهم يعتبرون أخوة لأنهم من أم واحدة فليس فى العبارة مايسمح لنا بأن نستنتج أنهم كانوا يعتبرون أخوة لأب أيضاً . وفى نفس الوقت يعتبر الأولون أعماماً للآخرين لأنهم أخوة الرجل الذى أنجبهم . فليس فى هذه العبارة اذن ما يدل على أن الأولاد كانوا ينسبون الى الزوج الميت كما ليس فيها ما يدل على أنهم كانوا ينسبون الى الرجل الذى أنجبهم . ومن ثم فان هذه العبارة يمكن التغاضى عنها .

ومع ذلك فاننا نعتقد أن العرب – على الأقل فى البداية – كانوا ينسبون الأولاد الى الزوج الميت نفسه . ويمكننا أن نقدم تأييداً لرأينا الاعتبارات الآتية :

١ – سبق أن رأينا عند دراستنا لهذا التقليد لدى الشعوب الافريقية أن القاعدة لدى هذه الشعوب أن ينسب الأولاد الذين تنجبهم الأرملة من قريب زوجها الى الزوج الميت نفسه . وقد رأينا أن هذه القاعدة تستمد وجودها من فكرة أن الأولاد يتبعون الرجل الذى دفع المهر من أجل أمهم حيث أن هذا الرجل هو الذى يعتبر زوجاً لها بالمعنى القانونى . أما الرجل الذى يحل محله عند وفاته فليس سوى بديل مادى ، حيث أنه لا يعقد مع المرأة زواجاً جديداً ولا يدفع من أجلها مهراً سوى المهر الذى دفعه الميت . فمن الطبيعى أن ينسب الأولاد الذين يولدون من علاقته بالأرملة الى من كان سبباً فى وجود الزواج . وفضلا عن ذلك فالظاهر أن أهم حالات الالتجاء الى هذا التقليد – ان لم تكن الحالة الأولى التى وجد لعلاجها – هى حالة وفاة الزوج دون ذرية . فالشعوب البدائية لا تتصور أن يموت رجل دون أن تكون له ذرية تكفل لاسمه الخلود ولسلسلة نسبه الاستمرار فاذا لم يكن الرجل قد تمكن من الحصول على هذه الذرية بنفسه فلا أحق من أن يحصل عليها لحسابه أحد أقاربه (١) ومن الطبيعى فى مثل هذه الحالة أن ينسب الأولاد الى الزوج الميت حيث أن الغرض المقصود من تقليد الخلافة على النساء فى هذه الحالة لا يتحقق الا بذلك . وليس هناك مايدعو الى الاعتقاد بأن الأمر كان على خلاف ذلك عند العرب فى الجاهلية . فظروفهم تشبه ظروف كثير من الشعوب الافريقية المعاصرة التى تمارس هذا التقليد . ومن الطبيعى افتراض أن البواعث التى أدت بهم إلى اتباع هذا التقليد كانت شبيهة بالبواعث التى كانت سبباً فى ظهوره لدى غيرهم من الشعوب

---

(١) لذلك نجد لدى بعض الشعوب الافريقية تقليداً يقضى بأنه فى حالة موت رجل قبل أن يتزوج يلتزم أحد أقاربه الأقربين بأن يتزوج امرأة لاسمه ولحسابه والأولاد الذين يولدون منها ينسبون الى الرجل الميت . ويعرف هذا الزواج لدى النوير بزواج الشبح Ghost Haweil marriage ص ٧٤ .

وقد لاحظنا فيما سبق مدى تشابه أحكام الخلافة على النساء عند العرب ولدى الشعوب الافريقية .

٢ — كذلك نستطيع أن نستمد لرأينا سنداً من تلك العادة التى كان يمارسها بعض العرب فى الجاهلية وهى العادة المعروفة بنكاح الاستبضاع حيث يقول الرجل لامرأته اذا طهرت من طمثها أرسلى الى فلان فاستبضعى منه لتحملى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الذى تستبضع منه . ويقال أن هذا الاجراء كان يتخذ رغبة فى نجابة الولد لأنهم كانوا يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم فى الشجاعة والكرم أو غير ذلك (١) . وكان الولد هنا ينسب بطبيعة الحال الى زوج المرأة . فهنا حالة يكون فيها الوالد العضوى غير الأب القانونى والابن لا ينسب الى من كان سبباً فى انجابه وانما الى زوج أمه لأنه هو الأب القانونى . اذن فالتفرقة بين الوالد العضوى والأب القانونى لم تكن غريبة على أذهان العرب . وليس من المستبعد أنها كانت تتبع أيضاً فى حالة الخلافة على النساء حيث ينسب أولاد الأرملة من قريب زوجها الى الزوج الميت نفسه .

فمن المحتمل اذن أن العرب كانوا فى بداية أمرهم ينسبون الأولاد الذين يولدون من العلاقة بين الأرملة وعشيرها الى زوجها الميت . لكن هذا لا يحول دون افتراض أن تطوراً طرأ بالنسبة لهذا الأثر من آثار الخلافة على النساء قبيل ظهور الاسلام . فأصبح الأولاد ينسبون الى والدهم الفعلى دون زوج المرأة .

(ثانياً) قد نتساءل عن دور المرأة فى ظل الخلافة على النساء هل كانت تتمتع بحرية قبوله ورفضه أم كان ذلك فرضاً لزاماً عليها ؟

ان من يطالع الروايات المختلفة السابقة لا يحتاج الى وقت طويل لكى يستنتج أن ارادة الأرملة لم تكن تؤخذ مأخذ الاعتبار سواء بالنسبة للخضوع لهذا التقليد وعدم الخضوع له أم بالنسبة لاختيار الرجل الذى يحل محل زوجها .

---

(١) بلوغ الأرب جـ ٢ ص ٤

قد يستنتج ذلك أولا من نص الآية الكريمة « ياأيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً » فواضح أن الآية الكريمة تحظر على المؤمنين أن يرثوا النساء كرهاً . ومعنى ذلك أنه قبل نزولها كانت النساء تورث كرهاً أى رغماً عن ارادتهن . وقد يستنتج ذلك من العبارات الواردة فى الروايات المختلفة التى ذكرت بصدد تفسير الآية والتى تقرر أن للوارث الحق فى أن يزوج الأرملة ، أو يزوجها من آخر ويقبض صداقها ، أو يعضلها حتى تفتدى نفسها ، لكن يمكننا أن نتساءل عما اذا كان هذا الاكراه جزءاً من التقليد نفسه أم أنه ينطوى على صورة من صور تجاوز الحق وحال من حالات التعدى . وبعبارة أخرى يمكننا أن نتساءل عما اذا كان هذا التقليد يفترض أن ارادة الأرملة لا تدخل فى الحسبان ولا يقام لها وزن وأن الأمر مرده الى ارادة الوارث وحده أم أن بعض الورثة كان يتجاوز حقه فيفرض ارادته على الأرملة فرضاً لا يسنده العرف . أما عن الآية الكريمة فانها تحتمل المعنيين وليس فيها مايقطع بترجيح أى الجانبين على الآخر . فكل ما تتضمنه هو مطالبة المؤمنين بألا يرثوا النساء كرها . والكره الذى تشير اليه قد يكون لصيقاً بالنظام نفسه وقد يكون مجرد وسيلة غير مشروعة كان يلجأ اليها بعض الورثة أحياناً لتحقيق غرضه . فاذا انتقلنا الى استعراض الروايات المختلفة التى ذكرت بصدد تفسير الآية الكريمة قد يتبادر الى ذهننا أنها صريحة فى أن المرأة لم تكن تتمتع بحرية فى ظل هذا التقليد . أليس من حق الوارث أن ينكحها اذا أراد أو أن ينكحها غيره ويقبض صداقها أو يعضلها لتفتدى نفسها ؟ أليس كل ذلك دليلا على أن المرأة لم يكن لها من الأمر شىء وأن مصيرها كان معلقاً بارادة الوارث ؟ . الا أننا مع ذلك لا نعتقد أن المرأة كانت عديمة الارادة بالنسبة للخضوع أو عدم الخضوع لهذا التقليد . فهذه الحقوق التى قد يستخدمها الوارث ليست سوى نتائج طبيعة النظام نفسه . فقد رأينا عند دراستنا للخلافة على النساء عند الشعوب الافريقية أن من حق أهل الزوج أن يطالبوا باسترداد المهر اذا رفضت الأرملة البقاء معهم وفضلت العودة الى أهلها وأن العادة كانت جارية بأنه اذا تزوجت الأرملة ثانياً دفع زوجها الثانى المهر

الى أهل زوجها الأول . فقبض الوارث العربي صداق أرملة قريبة عند زواجها ثانية يعتبر أمراً طبيعياً . كذلك اذا رفض الموافقة على فراقها الا بعد أن ترد له المهر كله أو جزءاً منه . بقيت مسألة ما اذا كان لوارث الزوج الحق فى معاشرة الأرملة رغما عن ارادتها . قد نستدل على أن الأمر كان كذلك بما ورد فى بعض الروايات من أن الوارث اذا كان صغيراً حبست عليه حتى يكبر . لكن هذه الحجة تسقطها حجة أخرى وهى أن بعض الروايات تنص على أن الوارث كان عليه اذا أراد استخدام حقه فى مواجهة الأرملة أن يلقى بثوبه عليها . وأن الأرملة اذا سبقت بالذهاب الى أهلها كان هؤلاء أحق بها . واذا كان الوارث صغيراً فلا نرى كيف كان يستطيع اعلان ارادته فى استخدام حقه . قد يقال أن هذا الاعلان يؤجل الى حين بلوغه ، لكن ليس هناك ما يلزم المرأة بالبقاء الى هذا الحين فهى تستطيع أن تعود الى أهلها وعندئذ يكون هؤلاء أحق بها . بل يمكننا أن نستدل على أن ارادة المرأة كانت تؤخذ مأخذ الاعتبار من الحادثة التالية والتى سبق ذكرها وهى أن كبيشة بنت معن بن عاصم من الأوس توفى عنها زوجها أبو قيس بن الأسلت فجنح عليها ابنه فجاءت النبى صلوات الله عليه فقالت يانبى الله لا أنا ورثت زوجى ولا أنا تركت فانكح فنزلت هذه الآية . فلو كانت قواعد العرف تقضى بأن المرأة لا خيرة لها فى الأمر لقبلت كبيشة مصيرها دون شكوى أو تبرم . فالغالب اذن أن يكون الذى أثارها ودفعها الى الشكوى أن ابن زوجها كان يريد اجبارها على أمر لا تريده وتعتقد أن من حقها أن لا تجيبه اليه .

الا أن هناك عبارة وردت فى تفسير القرطبى تتضمن معلومات مباشرة فى هذا الصدد . هذه العبارة هى « وقد كان فى العرب قبائل قد اعتادت أن يخلف ابن الرجل على امرأة ابيه وكانت هذه السيرة فى الأنصار لازمة وكانت فى قريش مباحة مع التراضى » .

فواضح من هذه العبارة أن وراثة النساء كانت لدى الأنصار لازمة بمعنى أن الأرملة كانت مجبرة على معاشرة وارث زوجها الميت اذا أراد

معاشرتها على خلاف الحال لدى قريش حيث كانت هذه العادة مباحة بشرط موافقة الأرملة على معاشرة وارث زوجها . فهذا الأثر واضح فى بيان أن المرأة فى قريش لم تكن تخضع لأحكام هذا التقليد رغماً عن ارادتها وبعبارة أخرى أنها كانت تتمتع بحق الاختيار بين الخضوع لأحكامه وعدم الخضوع لها ، وبحق اختيار الشخص الذى تقبل معاشرته . فهذا هو مقتضى كون هذه السيرة كانت فى قريش مباحة مع التراضى . لكن حتى بالنسبة لأهل المدينة ليس من السهل علينا التسليم بأن المرأة كانت تورث رغماً عن ارادتها . ولعل الذى جعل الرواة — الذين نقلوا الينا أخبار هذا التقليد يفسرونه بأنه ينطوى على اكراه للمرأة هو حق الرجل فى قبض صداقها اذا تزوجت أو فى عضلها حتى تفتدى نفسها وقد رأينا أن ذلك قد يكون استعمالا مشروعاً لحقه فى استرداد المهر الذى دفع من أجل المرأة اذا رغبت هذه العودة الى أهلها . ثم ان القاعدة التى تقضى بأن المرأة اذا سبقت الى أهلها قبل أن يلقى وارث زوجها ثوبه عليها يصبح أهلها أحق بها توحى بأن هذا التقليد لم يكن ملزماً للمرأة فى كل الأحوال حيث أن المرأة كانت أمامها وسيلة سهلة للتخلص من الخضوع لأحكامه .

فضلا عن ذلك يمكننا تفسير هذين الاجرائين تفسيراً يوفق بينهما ولا يجعلهما متعارضين فيما بينهما . وهو أن الأرملة كانت اذا رغبت فى الخضوع لهذا التقليد تبقى فى بيت زوجها مع أهله فاذا رغب أحد ورثته فى معاشرتها كان يلقى بثوبه عليها فيكون ذلك منه بمثابة اعلان عن ارادته معاشرتها . وليس هناك ما يحول دون افتراض أن الأرملة كانت تبقى أحياناً مع أولادها فى بيت زوجها ومع ذلك لاتخضع لهذا التقليد لعدم رغبة أحد من الورثة فيها . فلا شك أن ذلك كان يحدث بالنسبة للأرامل المتقدمات فى السن واللواتى يكون لديهن أولاد كبار . فهذا التقليد اذن يمكن تحليله فى النهاية باعتبار أنه كان يفترض رغبة المرأة فيه ببقائها فى بيت زوجها وعدم عودتها الى أهلها ويفترض رغبة أحد ورثة الزوج فى الحياة معها . لكن هذا لا يمنع أنه كانت تحدث أحياناً حالات من تجاوز الحق والتعدى

يسعى فيها أحد الورثة الى اجبار أرملة قريبة على معاشرته . ولمعالجة مثل هذه الحالات نزلت الآية القرآنية الكريمة التى تحرم على المؤمنين أن يرثوا النساء كرهاً . والظاهر أن ذلك لم يكن يحدث الا لدى أهل المدينة .

طبيعة وراثة النساء عند العرب وأسباب وجوده :

سبق أن قلنا أن بعض الكتاب فى تفسيرهم لهذا التقليد ذهب الى أنه نتيجة منطقية للزواج المقترن بدفع قدر من المال من جانب طالب الزواج الى أهل الزوجة (١) . فالزواج فى هذه الحالة — طبقاً لهؤلاء الكتاب — يكسب الزوج حق ملكية على زوجته يدخل ضمن أصول تركته فاذا مات انتقل هذا الحق الى ورثته من بعده . وليس فى نيتنا أن نناقش هنا نظرية الزواج بالشراء وأن نورد الحجج المفندة لها وانما يكفى أن نقول أن الباحثين قد أخذوا يتخلون عن هذه النظرية حتى أنه يمكن القول بأنها لم تعد تجد أنصاراً . وكان يمكن أن يكفى ثبوت خطأ نظرية الزواج بالشراء لفض فكرة أن الأرملة كانت تعتبر جزءاً من التركة . لكننا نستطيع أن نضيف الى هذه الحجة الحجج التالية :

١ — هذا التقليد كان يفترض لدى قريش ومن المحتمل أيضاً لدى أهل يثرب موافقة المرأة وهو أمر يتعارض مع القول بأن المرأة جزء من التركة . اذ لا يعقل أن تكون المرأة جزءاً من التركة ويكون فى سلطتها أن ترفض قبول وارث زوجها عشيراً لها .

---

(١) هذا الاتجاه يكاد يكون عاماً لدى الكتاب الذين تعرضوا لدراسة الزواج ووراثة النساء عند العرب قبل الاسلام . سواء فى ذلك الكتاب العرب أم الكتاب الغربيون . ويكفى هنا أن نذكر مثلا على ذلك كتبه أحد الباحثين الغربيين الذين درسوا فى تفصيل نظام الزواج عند العرب فى الجاهلية تعليقاً على تقليد وراثة النساء .

" The meaning of this usage is quite transparent; marital rights are rights of property which can be inherited, and which their heir can sell if he plerses. "

W. Robertson Smith, Kinship and Marriage in Early Arabia. ص ٨٨

(٢) أنظر مثلا Hans F. K. Gunther le mariage ص٦٧ ، Diamond, l'evalution de la loi et de l'ordre. ص ١١٩

٢ – كان وارث الزوج ملزما اذا أراد استخدام حقه فى مواجهة الأرملة أن يلقى عليها بثوبه. وهو اجراء لم نعرف أنه كان لازماً بالنسبة لأموال التركة . واذا كانت الأرملة جزءاً من التركة فلا نفهم ضرورة هذا الاجراء اذ المعقول عندئذ أن تؤول الى الوارث كما تؤول اليه بقية أموال التركة .

٣ – الاعتراف للمرأة بالحق فى أن تتفادى الخضوع لهذا التقليد بعودتها الى أهلها يتعارض مع فكرة كونها جزءاً من التركة . اذ ليس من المفهوم اذا كانت الأرملة جزءاً من التركة حقيقة أن يتوقف حق الوارث عليها على ارادتها هى .

٤ – رأينا عند دراستنا لهذا التقليد عند الشعوب الافريقية أن الأرملة لا تعتبر جزءاً من تركة زوجها المتوفى . وليس هناك ما يدعو الى الاعتقاد بأن الأمر كان خلاف ذلك لدى العرب فى الجاهلية مع التشابه الكبير بينهما فى الآثار المترتبة عليه .

نخلص من كل ما تقدم بأن الخلافة على النساء كانت لها لدى العرب فى الجاهلية نفس الخصائص التى لها لدى الشعوب الافريقية المعاصرة سواء من حيث الأشخاص الذين لهم الحق فيها أم من حيث الآثار المترتبة عليها أم من حيث دور المرأة فى ظلها – ولا شك أيضاً أن الأسباب التى أدت الى ظهور هذا النظام لدى الشعوب الافريقية هى نفسها الأسباب التى أدت الى وجوده لدى العرب .

وقد رأينا أن هذا النظام لدى الشعوب الافريقية يستهدف تحقيق الأغراض الآتية :

(أولا) رعاية الأرملة بتمكينها من البقاء مع أولادها اذا كان لها أولاد أو من انجاب أولاد اذا لم يكن لها أولاد دون حاجة الى السعى الى زواج جديد . فعشير الأرملة تكون له مصلحة شخصية فى اسعادها هى وأولادها .

(ثانياً) ايجاد وارث للزوج الذى مات دون أن يترك وراءه ذرية تكفل لاسمه البقاء ولسلسلة نسبة الاستمرار .

(ثالثا) عدم بقاء قوة انجاب الأرملة معطلة . فلأهل الزوج مصلحة فى زيادة عدد أفرادها .

ومن المحتمل أن هذه هى نفس الأغراض التى كان يستهدفها العرب من وراء ممارسة هذا التقليد .

وقد نتساءل فى ختام بحثنا عن السبب الذى من أجله ألغى القرآن الكريم هذا التقليد . فى الواقع أن الغاء القرآن الكريم لهذا النظام يرجع الى أنه أصبح يتعارض مع بعض المبادىء الجديدة التى أتى بها .

فوراثة النساء كرهاً تتعارض مع مبدأ الرضا فى الزواج . وزواج الابن من زوجة أبيه حتى ولو كان برضاها أصبح يتنافى مع المبادىء الأخلاقية . وأخذ وارث الزوج صداق الأرملة اذا تزوجت شخصاً آخر أو عضلها حتى تفتدى نفسها بدفع كل المهر أو جزء منه أصبح يتعارض مع جعل القرآن الكريم المهر حقاً خالصاً للمرأة لا يجوز اجبارها على رده بعد ثبوت حقها فيه . ونسبة الأولاد المولودين من العلاقة بين الأرملة وقريب زوجها الى الزوج الميت — اذا صح أن العرب كانوا مازالوا يسيرون على هذا المبدأ عند ظهور الاسلام — أصبحت تتعارض مع المبدأ العام الذى جاء به الاسلام من وجوب نسبة الأبناء الى آبائهم .

لعلنا بهذا نكون قد وفقنا الى تجلية نظام الخلافة على النساء لدى العرب فى الجاهلية وازالة كثير من سوء الفهم الذى أحاط به .

مصادر البحث

باللغة العربية :

تفسير الطبرى ... ... لابن جرير الطبرى ج ٨ تحقيق محمود محمد شاكر

الجامع لأحكام القرآن ... ... لابن أحمد الأنصارى القرطبى القاهرة ١٩٤٢

بلوغ الأرب فى معرفة أحوال العرب... ... ... الألوسى

بلغات أجنبية :

Audrey Butt, The Nilotes of the Anglo-Egyptian Sudan and Uganda. لندن ١٩٥٢

Baxter P. T. W., The Azande. لندن ١٩٥٣

Colson E., Marriage and Family among the Plateau Tonga. لندن ١٩٥٨

Fallaize E. N., Encyclopaedia of Religion and Ethics- مقال فى
تحت كلمة In heritance

Hans Cary, Sukuma Law and Custom. لندن ١٩٥٣

Herskovits M. J., Dahomey. الجزء الأول نيويورك ١٩٣٨

Howell P. P., A Manual of Nuer Law. لندن ١٩٥٤

Lindblam Gerhard, The Akamba Uppsala ١٩٢٠

Merker M., Die Massai. برلين ١٩٠٤

Neufeld E.. Ancient Hebrew marriage Laws. لندن ١٩٤٤

Peristiany J. G., The social institutions of the Kiprigis. لندن ١٩٣٩

Robertson Smith W., Kinship and Marriage in Early Arabia. لندن ١٨٨٥

Sehapera I., The Khoisan peoples of South Africa :

Bushmen and Hattentots. لندن ١٩٥١

A Handbook of Tswana law and custom. لندن ١٩٥٥

Married life in an African tribe. لندن ١٩٣٩

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة
بمطبعة جامعة الاسكندرية فى يوم الأربعاء
١١ من جمادى الآخرة سنة ١٣٨٠ هجرية ، الموافق
٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٠

على محمد الهوارى

مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

9ème ANNÉE, 1959 — 1960

Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1960